

**Hochschule für öffentliche  
Verwaltung und Finanzen  
Ludwigsburg**  
University of Applied Sciences

## **Verhinderung von Missbrauch bei Leiharbeit und Werkverträgen**

### **Bachelorarbeit**

zur Erlangung des Grades einer

Bachelor of Laws (LL.B.)

im Studiengang Rentenversicherung – Public Management

vorgelegt von

Lisa Schneider

Studienjahr 2016/2017

Erstgutachter: Herr Prof. Dr. Matthias Mitsch

Zweitgutachter: Frau Prof. Annemarie Diebold

### **Vorwort**

Ich danke allen Personen, die mich bei meiner Bachelorarbeit unterstützt haben. Speziell möchte ich meinem Erstgutachter Herr Prof. Dr. Mitsch für die Betreuung und hilfreichen Ratschläge sowie Frau Prof. Diebold für die Zweitbegutachtung danken.

Außerdem danke ich Herrn Philipp Merkel, Leiter des Referats Arbeitsrecht bei Südwestmetall, Verband der Metall – und Elektroindustrie Baden-Württemberg e. V., für das hilfreiche Experteninterview und Herrn Reinhold Winkhardt, freigestellter Betriebsrat bei Voith Turbo GmbH & Co. KG, für die Beantwortung meiner Fragen und Schilderung der Sicht aus Betriebsrats– bzw. Arbeitnehmerposition.

Aus Gründen der besseren Lesbarkeit wurde auf die Verwendung der weiblichen Form verzichtet, selbstverständlich sind in der gesamten Arbeit immer beide Formen gemeint.

## Inhaltsverzeichnis

Vorwort .....	II
Inhaltsverzeichnis .....	III
Abkürzungsverzeichnis .....	V
Abbildungsverzeichnis .....	VI
Verzeichnis der Anlagen .....	VII
1    Einleitung .....	1
2    Leiharbeit in Deutschland .....	2
2.1    Definition Leiharbeit .....	2
2.2    Erlaubnispflicht .....	3
2.3    Abgrenzung zur Arbeitsvermittlung .....	4
2.4    Entwicklung .....	4
2.5    Aktuelle Zahlen .....	7
2.5.1    Leiharbeiternehmer .....	8
2.5.1.1    Anzahl .....	8
2.5.1.2    Qualifikation .....	8
2.5.1.3    Persönliche Merkmale .....	9
2.5.2    Arbeitsentgelt .....	9
2.5.3    Beschäftigungsdauer .....	10
2.5.4    Leiharbeitsunternehmen .....	10
3    Der Werkvertrag .....	11
3.1    Definition .....	11
3.2    Abgrenzung .....	11
3.2.1    Zur Arbeitnehmerüberlassung .....	11
3.2.2    Zum Dienstvertrag .....	12
4    Gesetz zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetze .....	13

4.1	Der Koalitionsvertrag .....	13
4.2	Situation und Ziele des Gesetzes .....	14
4.3	Arbeitnehmerüberlassungsgesetz.....	15
4.3.1	Definition.....	15
4.3.2	Offenkundigkeit.....	17
4.3.3	Überlassungshöchstdauer .....	18
4.3.4	Equal Pay .....	22
4.3.5	Unwirksamkeit .....	27
4.3.6	Sanktionen.....	28
4.3.7	Widerspruchsrecht gegen neues Arbeitsverhältnis.....	32
4.3.8	Kein Einsatz als Streikbrecher .....	34
4.3.9	Mitberechnung der Leiharbeitnehmer .....	36
4.4	Bürgerliches Gesetzbuch .....	39
4.5	Betriebsverfassungsgesetz .....	40
5	Sichtweisen der Interessenverbände .....	42
5.1	Der Deutsche Gewerkschaftsbund .....	42
5.2	Der Interessenverband Deutscher Zeitarbeitsunternehmen e.V. . .....	43
5.3	Der Bundesarbeitgeberverband der Personaldienstleister e.V.	45
5.4	Die Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände e.V. .....	46
6	Bestehender Handlungsbedarf.....	47
7	Fazit .....	49
	Literaturverzeichnis .....	51
	Erklärung der Verfasserin.....	56

**Abkürzungsverzeichnis**

<b>Abs.</b>	Absatz
<b>AG</b>	Arbeitgeber
<b>AN</b>	Arbeitnehmer
<b>ANÜ</b>	Arbeitnehmerüberlassung
<b>AÜG</b>	Arbeitnehmerüberlassungsgesetz
<b>BA</b>	Bundesagentur für Arbeit
<b>BAP</b>	Der Bundesarbeitgeberverband der Personal- dienstleister e.V.
<b>BDA</b>	Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeber- verbände e.V.
<b>BetrVG</b>	Betriebsverfassungsgesetz
<b>BGB</b>	Bürgerliches Gesetzbuch
<b>BMAS</b>	Bundesministerium für Arbeit und Soziales
<b>BT-Ausschussdrs.</b>	Bundestagsausschussdrucksache
<b>BT-Drs.</b>	Bundestagsdrucksache
<b>BVerfG</b>	Bundesverfassungsgericht
<b>DGB</b>	Deutscher Gewerkschaftsbund
<b>d. h.</b>	Das heißt
<b>Gem.</b>	Gemäß
<b>GG</b>	Grundgesetz
<b>iGZ</b>	Interessenverband Deutscher Zeitarbeits- unternehmen e.V.
<b>KSchG</b>	Kündigungsschutzgesetz
<b>LAN</b>	Leiharbeitnehmer
<b>Nr.</b>	Nummer
<b>Rn.</b>	Randnummer
<b>S.</b>	Satz

**Abbildungsverzeichnis**

Abbildung 1: Dreipersonenverhältnis.....3

Abbildung 2: Abweichungen von der Überlassungshöchstdauer..... 19

## **Verzeichnis der Anlagen**

Alle aufgeführten Anlagen befinden sich auf der beiliegenden CD-ROM.

- Anlage 1:** BMAS, Häufig gestellte Fragen zum Thema Leiharbeit
- Anlage 2:** BMAS, Rede von Andrea Nahles am 22. September 2016
- Anlage 3:** Bundesagentur für Arbeit, Fachliche Weisungen AÜG
- Anlage 4:** Bundesagentur für Arbeit, Merkblatt zur Abgrenzung zwischen Arbeitnehmerüberlassung und anderen Formen drittbezogenen Personaleinsatzes
- Anlage 5:** Bundesagentur für Arbeit, Aktuelle Entwicklungen in der Zeitarbeit
- Anlage 6:** Bundesarbeitgeberverband der Personaldienstleister e.V., der BAP im Überblick
- Anlage 7:** Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände e.V., unsere Mitglieder
- Anlage 8:** Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände e.V., Aufgaben der BDA
- Anlage 9:** Deutscher Gewerkschaftsbund, Stellungnahme zum Kabinettsbeschluss zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des AÜG und anderer Gesetze vom 06.07.2016
- Anlage 10:** Deutscher Gewerkschaftsbund, Tarifrunde Leiharbeit 2016/2017
- Anlage 11:** Deutscher Gewerkschaftsbund, DGB heute
- Anlage 12:** Deutscher Gewerkschaftsbund, Gewerkschaften im DGB
- Anlage 13:** Die Bundesregierung, Koalitionsvertrag 18. Legislaturperiode
- Anlage 14:** IG Metall Bezirk Baden-Württemberg, Tarifvertrag Leih-/Zeitarbeit

- Anlage 15:** Interessenverband Deutscher Zeitarbeitsunternehmen e.V., Porträt
- Anlage 16:** Interessenverband Deutscher Zeitarbeitsunternehmen e.V., Schriftliche Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen in Berlin, 4. Oktober 2016
- Anlage 17:** Experteninterview mit Herrn Merkel vom 19.01.2017
- Anlage 18:** Bundestagsdrucksache 18/9232
- Anlage 19:** Bundestagsdrucksache 18/10064
- Anlage 20:** Bundestagsausschussdrucksache 18(11)761neu



# 1 Einleitung

„Gute Arbeit und Zusammenhalt, das ist das, was unser Land stark macht. Das ist Grundlage für Wohlstand, wirtschaftlich erfolgreiche Unternehmen und den sozialen Frieden in unserem Land. Deshalb dürfen wir es nicht hinnehmen, dass Arbeit durch Missbrauch bei Leiharbeit und Werkverträgen entwertet wird. Wir müssen eingreifen, wenn durch diesen Missbrauch ein unfairer Wettbewerb zwischen Unternehmen und auch zwischen Arbeitnehmern in diesem Land befördert wird. Mit dem Gesetz, dessen Entwurf nun vorliegt, schieben wir dem einen Riegel vor.“<sup>1</sup>

Dies ist ein Ausschnitt der Rede der Bundesministerin für Arbeit und Soziales Andrea Nahles zur ersten Lesung des zum 01. April 2017 in Kraft getretenen „Gesetzes zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetze“. Das Gesetz steht unter dem Leitsatz, Missbrauch bei Leiharbeit und Werkverträgen zu verhindern.

In dieser Rede erläutert sie die zentralen Punkte des Gesetzes, warum die Situation für LAN und AN, die im Rahmen von Werkverträgen tätig werden, verbessert werden muss und wie das Gesetz dabei hilft. Über dieses Gesetz wurde viel diskutiert und vor allem kritisiert. Deshalb werden in der vorliegenden Bachelorarbeit die Inhalte untersucht und bewertet, ob das Gesetz den Missbrauch bei Leiharbeit und Werkverträgen verhindern kann. Dazu wird im ersten Punkt Leiharbeit definiert, die Entwicklungen und Veränderungen in Deutschland bis hin zum vorliegenden Gesetz dargestellt und konkrete Zahlen über LAN, deren Beschäftigungsdauer und Leiharbeitsunternehmen genannt. Der zweite Punkt befasst sich mit der Definition von Werkverträgen und grenzt diese von anderen Formen des drittbezogenen Personaleinsatzes ab. Der dritte Punkt beschäftigt sich mit dem Inhalt des Gesetzes. Es wird untersucht, welche Vorgaben im Koalitionsvertrag vereinbart wurden, wie die Situation vor Einführung des Gesetzes war, welche Ziele vorgesehen wurden und welche zentralen Regelungen beschlossen wurden.

---

<sup>1</sup> BMAS, Rede von Andrea Nahles am 22. September 2016, S.1-2.

Anschließend werden diese zentralen Regelungen bewertet. Dabei wird darauf eingegangen, ob das Ziel der jeweiligen Regelung erfüllt wurde, ob die Regelungen zur Verhinderung von Missbrauch beitragen und ob die Vorgaben des Koalitionsvertrages erfüllt wurden. Der vierte Punkt stellt die Sichtweisen von verschiedenen Interessenverbände zum Gesetz dar. Im fünften Punkt wird auf bestehenden Handlungsbedarf eingegangen und eine andere Formulierung eines Absatzes vorgeschlagen. Zum Abschluss wird ein Fazit gezogen, um die Frage zu beantworten, ob das Gesetz Missbrauch bei Leiharbeit und Werkverträgen verhindern kann.

## 2 Leiharbeit in Deutschland

Im Nachfolgenden wird definiert, was unter dem Begriff der Leiharbeit verstanden wird, was die Voraussetzungen sind, die wichtigsten Punkte in der Entwicklung der Leiharbeit und des AÜG vor der Einführung des Gesetzes aufgelistet und abschließend aktuelle Zahlen über die Leiharbeit dargestellt.

### 2.1 Definition Leiharbeit

Neben dem Begriff Leiharbeit gibt es noch weitere Begriffe, die alle die gleiche Bedeutung haben, z.B. Arbeitnehmerüberlassung oder Zeitarbeit.<sup>2</sup> Geregelt ist die Leiharbeit im Arbeitnehmerüberlassungsgesetz. Dort werden die Begriffe ANÜ, LAN, Verleiher und Entleiher verwendet. Da die Bundesregierung den Begriff Leiharbeit als auch ANÜ verwendet, werden diese im Nachfolgenden analog gebraucht.

Gemäß § 1 Abs.1 S.1 AÜG liegt Leiharbeit vor, wenn ein AG als Verleiher einen AN (LAN) an einen Dritten (Entleiher) im Rahmen der wirtschaftlichen Tätigkeit zur Arbeitsleistung überlässt. Somit handelt es sich um ein Dreipersonenverhältnis mit unterschiedlichen rechtlichen Beziehungen. Zwischen dem LAN und dem Verleiher besteht ein Arbeitsvertrag, Leiharbeitsvertrag genannt, zwischen dem Verleiher und dem Entleiher ein Arbeitnehmerüberlassungsvertrag. Der Leiharbeitsvertrag unterscheidet sich fast nicht von einem normalen Arbeitsvertrag. Der LAN schuldet seine

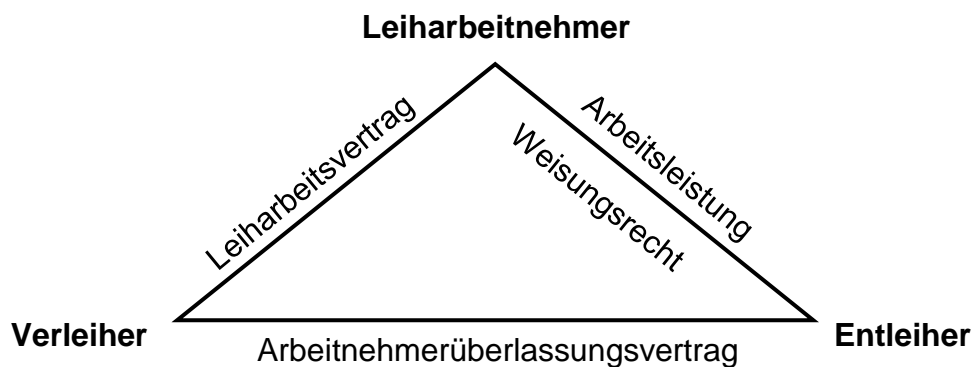
---

<sup>2</sup> Vgl. BMAS, Häufig gestellte Fragen zum Thema Leiharbeit.

Arbeitsleistung und der Verleiher als AG die Vergütung. Der Unterschied ist, dass der LAN seine Arbeitsleistung dem Dritten als Entleiher erbringt und an dessen Weisungen gebunden ist.<sup>3</sup> Im Arbeitnehmerüberlassungsvertrag ist geregelt, dass der Entleiher den LAN zur Überlassung erhält und dafür die zugesagte Überlassungsvergütung an den Verleiher zahlt.<sup>4</sup> Gem. § 12 Abs.1 S.1 AÜG muss der Vertrag schriftlich geschlossen werden und nach S.3 muss der Verleiher dort erklären, dass er eine Erlaubnis hat. Zudem muss nach S.4 der Entleiher angeben, welche Tätigkeit der LAN übernehmen soll, welche besonderen Merkmale und Qualifikationen dafür erforderlich sind und welche Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts ein vergleichbarer Stammarbeitnehmer erhält.

Zur Verdeutlichung ist das Verhältnis als Abbildung dargestellt:

*Abbildung 1: Dreipersonenverhältnis*



*Quelle: eigene Darstellung*

## 2.2 Erlaubnispflicht

Ebenfalls in § 1 Abs.1 S.1 AÜG ist geregelt, dass ANÜ grundsätzlich erlaubnispflichtig ist. Diese ist gem. § 2 Abs.1 AÜG schriftlich zu beantragen. § 17 Abs.1 S.1 AÜG bestimmt, dass die BA für die Durchführung des AÜG zuständig ist. Nach § 2 Abs.2 AÜG kann die Erlaubnis unter Bedingungen oder Auflagen erteilt werden, nach Abs.3 auch auf Widerruf, wenn der Antrag noch nicht abschließend beurteilt werden kann. Die Erlaubnis ist zunächst gem. § 2 Abs. 4 S.1-2 AÜG auf ein Jahr

---

<sup>3</sup> Vgl. Schüren, Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, § 1 Rn.70-72.

<sup>4</sup> Vgl. Schüren, Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, § 1 Rn.78.

befristet zu erteilen, drei Monate vor Ablauf des Jahres kann ein Antrag auf Verlängerung gestellt werden. Wenn die zuständige Dienststelle nicht vor Ablauf der Befristung den Antrag ablehnt, dann verlängert sich die Erlaubnis erneut auf ein Jahr gem. S.3. Unbefristet kann die Erlaubnis erst nach drei Jahren durchgehender Verleihtätigkeit erteilt werden, § 2 Abs.5 S.1 AÜG. Nach § 3 AÜG kann eine Erlaubnis auch untersagt werden.

### **2.3 Abgrenzung zur Arbeitsvermittlung**

Zwischen ANÜ und Arbeitsvermittlung besteht ein wesentlicher Unterschied. Die Arbeitsvermittlung führt zur Begründung eines Arbeitsverhältnisses zu einem Unternehmen, aber nie zum Vermittler. Bei der ANÜ ist dies umgekehrt. Der LAN bleibt auch während des Arbeitseinsatzes beim Entleiher immer AN des Verleihers.<sup>5</sup>

### **2.4 Entwicklung**

Die ANÜ in Deutschland hat sich aus der Arbeitsvermittlung entwickelt. Zunächst gab es nur die private Vermittlung von Stellen. Da dies zur einer finanziellen Ausnutzung der Arbeitssuchenden führte, wurde 1910 das Stellenvermittlergesetz eingeführt. Dadurch wurde festgesetzt, dass die Arbeitsvermittlung zur staatlichen Aufgabe wurde und nur in den Gebieten, in denen die Vermittlung des Staates zu gering war, durfte private Arbeitsvermittlung betrieben werden. Dies wurde 1922 durch das Arbeitsnachweisgesetz fortgesetzt.<sup>6</sup> In das 1927 eingeführte Gesetz über Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung wurden Teile des Arbeitsnachweisgesetzes übernommen. Unter anderem wurde der § 48 übernommen, nachdem ab dem 01. Januar 1931 keine neuen Erlaubnisse zur Führung eines Gewerbes der Stellenvermittlung erteilt werden sollten. Man wollte die AN während des Arbeitseinsatzes schützen. Deshalb war es nicht erlaubt, AN zu vermitteln, ohne selbst für die soziale Absicherung zu sorgen. Für die Arbeitsvermittlung änderte sich auch durch die Notverordnung des Reichspräsidenten vom 6. Oktober 1931 nichts. Es wurde nur klargestellt, dass Fälle, in denen der Vermittler der AG des

---

<sup>5</sup> Vgl. Schüren, Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, Einleitung Rn.15.

<sup>6</sup> Vgl. Schüren, Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, Einleitung Rn.22-32.

vermittelten Arbeitnehmers blieb, nicht zur verbotenen Stellenvermittlung gehörten. Das bedeutet, dass die heutige ANÜ erlaubt war.<sup>7</sup> Die Beschäftigung von AN nur zur Ausleihe wurde während der Zeit des Nationalsozialismus missbilligt und deshalb mit Erlass des Reichsarbeitsminister 1941 verboten. Es war nur gestattet, AN zu verleihen, wenn sie mit dem Entleiher ein Arbeitsverhältnis eingingen. In Ausnahmefällen war ANÜ ohne Arbeitsverhältnis zum Verleiher erlaubt, z.B. bei Notsituationen oder Auftragsspitzen.<sup>8</sup> In der Nachkriegszeit wurde der Arbeitsmarkt in den Besatzungszonen zwangsverwaltet. Als dies aufgehoben wurde, entschied man sich wieder für die Organisation von vor 1933. Deshalb wurde 1952 die Bundesanstalt für Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung eingerichtet. Die gewerbsmäßige ANÜ wurde als unerlaubte Vermittlung eingestuft und somit verboten.<sup>9</sup> Dies änderte sich erst durch das Urteil des BVerfG vom 04. April 1967. Aufgrund einer Klage der Firma „Adia Interim“ erklärte das BVerfG das Verbot für nichtig. Daraufhin spaltete sich die ANÜ von der Arbeitsvermittlung ab. Zusätzlich wurde dem Gesetzgeber auferlegt, die ANÜ sozialverträglich zu regeln.<sup>10</sup> Schließlich wurde 1972 das AÜG mit dem Ziel, den Missbrauch der AN zu verhindern, verabschiedet. Bereits zu diesem Zeitpunkt wurde die Erlaubnispflicht eingeführt und die Durchführung des Gesetzes an die BA übergeben.<sup>11</sup> Zum 01. Januar 1982 trat das Gesetz zur Bekämpfung der illegalen Beschäftigung in Kraft. Hierdurch gab es auch im AÜG ein paar Änderungen. Die Kostenvorschrift für die Erteilung der Erlaubnis und betriebsverfassungsrechtliche Werte für LAN wurden eingeführt.<sup>12</sup> Mit dem Beschäftigungsförderungsgesetz 1985 wurden die Sanktionen für unerlaubte Arbeitnehmerüberlassung verstärkt und die Überlassungsdauer wurde von drei auf sechs Monate verlängert.

---

<sup>7</sup> Vgl. Schüren, Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, Einleitung Rn.32-36.

<sup>8</sup> Vgl. Schüren, Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, Einleitung Rn.39-41.

<sup>9</sup> Vgl. Schüren, Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, Einleitung Rn.42-44.

<sup>10</sup> Vgl. Schüren, Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, Einleitung Rn.47-50.

<sup>11</sup> Vgl. Schüren, Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, Einleitung Rn.53-54.

<sup>12</sup> Vgl. Schüren, Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, Einleitung Rn.60.

Ab dem 01. Januar 1994 wurde sie erneut angehoben auf neun Monate.<sup>13</sup> Durch das Gesetz zur Anpassung arbeitsrechtlicher Bestimmungen an das EG-Recht 1995 wurde der Verleiher verpflichtet, seine AN im schriftlichen Leiharbeitsvertrag über die Zusammensetzung des Entgelts, der Arbeitszeit, des Urlaubsanspruchs und über geltende Tarifverträge und Betriebsvereinbarungen zu informieren.<sup>14</sup> Um neue Arbeitsplätze zu schaffen wurde 1997 durch das Gesetz zur Reform der Arbeitsförderung unter anderem die Überlassungsdauer von neun auf zwölf Monate verlängert und die Versagungsgründe wurden abgeschwächt.<sup>15</sup> Das Gesetz zur Reform des Betriebsverfassungsgesetzes 2001 brachte für LAN die Wahlberechtigung im Entleihbetrieb nach dreimonatigem Arbeitseinsatz. Unklar blieb, ob sie bei Schwellenwerten mitgezählt werden sollten. Aus der Praxis wurde gefordert, LAN auch für ein längeres Projekt einsetzen zu können. Daher wurde die Überlassungsdauer durch das Gesetz zur Reform der arbeitsmarktpolitischen Instrumente 2002 auf 24 Monate hochgesetzt. Außerdem wurde geregelt, dass LAN bei einer Überlassung von mehr als zwölf Monaten dieselben Arbeitsbedingungen eines vergleichbaren AN des Entleihbetriebes einschließlich des Entgelts erhalten sollten.<sup>16</sup> Das erste Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt zum 01. Januar 2003 führte zu einer Deregulierung der Leiharbeit, um schwervermittelbare Arbeitslose einfacher zu integrieren. Dazu wurde die Überlassungshöchstdauer abgeschafft und Abweichungen vom Gleichstellungsgrundsatz eingeführt. Wenn das Leiharbeitsverhältnis tariflich geregelt war oder der LAN vorher arbeitslos war, dann durfte von diesem Grundsatz abgewichen werden. Bei letzterem Fall durfte in den ersten sechs Wochen nur ein Mindestentgelt gezahlt werden. Außerdem wurde dem LAN und dem Verleiher ein Auskunftsanspruch gegenüber dem Entleiher auf die Arbeitsbedingungen eines vergleichbaren Stammbeschäftigten zugesprochen.<sup>17</sup> Durch die Richtlinie 2008/104/EG des Europäischen

---

<sup>13</sup> Vgl. Schüren, Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, Einleitung Rn.61-62.

<sup>14</sup> Vgl. Schüren, Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, Einleitung Rn.75.

<sup>15</sup> Vgl. Schüren, Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, Einleitung Rn.77.

<sup>16</sup> Vgl. Schüren, Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, Einleitung Rn.83-84.

<sup>17</sup> Vgl. Schüren, Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, Einleitung Rn.86-87.

Parlaments und Rates über Leiharbeit wurde ein Rahmen für Leiharbeit geschaffen. Um diese umzusetzen, trat am 01. Dezember 2011 das erste Gesetz zur Änderung des AÜG in Kraft. Laut Richtlinie sollte es keine Ungleichbehandlung mehr von gewerbsmäßiger und nicht gewerbsmäßiger ANÜ geben. Daher wurde das Wort „gewerbsmäßig“ aus § 1 Abs.1 S.1 AÜG gestrichen, wodurch nun beide Formen dem AÜG und somit auch der Erlaubnispflicht unterliegen. Außerdem sollte ANÜ nur noch vorübergehend erfolgen und § 3a wurde eingeführt. Darin ist geregelt, dass der LAN Anspruch auf eine Lohnuntergrenze hat, welche durch die Rechtsverordnung festgesetzt wird. Dazu können Gewerkschaften und Arbeitgeberverbände dem BMAS vorschlagen, das bundesweite tarifliche Mindeststundenentgelt als Lohnuntergrenze verbindlich festzusetzen. Außerdem wurde der Entleiher verpflichtet, dem LAN Auskunft über offene Stellen zu erteilen und ihm Zugang zu Gemeinschaftseinrichtungen zu gewähren. Mit dem Gesetz zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und des Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetzes vom 30. Juli 2011 erhielt die Zollverwaltung die Aufgabe, die Einhaltung der Lohnuntergrenze zu überprüfen.<sup>18</sup> Die erste und zweite Verordnung über eine Lohnuntergrenze in der ANÜ galten jeweils vom 01. Januar 2012 bis zum 31. Oktober 2013 und vom 01. April 2014 bis zum 31. Dezember 2016.<sup>19</sup> Am 29. und 30. November 2016 haben sich die Tarifpartner in der Leiharbeit auf einen neuen Entgelttarif geeinigt. Dieser trat zum 01. Januar 2017 in Kraft und endet zum 31. Dezember 2019.<sup>20</sup>

### **2.5 Aktuelle Zahlen**

Hier werden Zahlen zu LAN, dem Arbeitsentgelt, der Beschäftigungsdauer und zu den Leiharbeitsunternehmen genannt.

---

<sup>18</sup> Vgl. Ulber, Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, Einleitung B, Rn.65-70.

<sup>19</sup> Vgl. BAnz AT Nr. 195, S. 4608-4609 vom 28.12.2011 und BAnz AT 26.03.2014 V1.

<sup>20</sup> Vgl. Deutscher Gewerkschaftsbund, Tarifrunde Leiharbeit 2016/2017, S.1-2.

### **2.5.1 Leiharbeitnehmer**

An dieser Stelle wird differenziert zwischen der Anzahl, der Qualifikation und den persönlichen Merkmalen der LAN.

#### **2.5.1.1 Anzahl**

Im Juni 2016 waren in Deutschland insgesamt 1.006 Millionen LAN beschäftigt. Davon waren 93 % sozialversicherungspflichtig und 7 % nur geringfügig beschäftigt. Von den sozialversicherungspflichtigen Beschäftigungen wurden 78 % in Vollzeit ausgeübt. Im Vergleich zum Vorjahr stieg die Anzahl der LAN insgesamt um 45.000 an, wobei die Anzahl der Teilzeitbeschäftigten stärker zunahm. Dies spiegelt aber die Tendenz bei allen sozialpflichtigen Beschäftigungen wider. Im Vergleich zur Gesamtbeschäftigung beträgt der Anteil der LAN weniger als 3 %. Unterscheidet man hier wieder zwischen sozialversicherungspflichtig und geringfügig Beschäftigten beträgt der Anteil der sozialversicherungspflichtigen LAN zu den Gesamtbeschäftigten 3 %, bei den geringfügig Beschäftigten 1 %.<sup>21</sup> Mehr als die Hälfte der LAN arbeitete im Juni 2016 in der Branche Verkehr, Logistik, Sicherheit und Reinigung oder in der Metall- und Elektrobranche. 13 % waren in der Branche übrige Fertigungsberufe und Landwirtschaft tätig. Der restliche Anteil verteilte sich mit jeweils 8 % auf die unternehmensorganisatorischen Dienstleistungen und den Bereich Gesundheit, Soziales, Erziehung, Wirtschafts- und Geisteswissenschaften, 7 % waren im Bereich Bau, Architektur und Naturwissenschaften und abschließend waren 5 % im Bereich der kaufmännischen Dienstleistungen und Tourismus tätig.<sup>22</sup>

#### **2.5.1.2 Qualifikation**

27 % der LAN haben keinen Berufsabschluss, dem stehen 15 % der Gesamtbeschäftigten gegenüber. Der Akademikeranteil in der Leiharbeit beträgt 9 %, bei den Gesamtbeschäftigten 16 %. 64 % der LAN haben einen

---

<sup>21</sup> Vgl. Bundesagentur für Arbeit, Aktuelle Entwicklungen der Zeitarbeit, S.9.

<sup>22</sup> Vgl. Bundesagentur für Arbeit, Aktuelle Entwicklungen der Zeitarbeit, S.10.



anerkannten Berufsabschluss, zu den Gesamtbeschäftigten ist das mit 69 % lediglich ein geringer Unterschied. LAN übernehmen häufig Tätigkeiten mit geringerem Anforderungsniveau, mehr als die Hälfte arbeiten in Helfertätigkeiten. Bei den Gesamtbeschäftigten üben 20 % eine Helfertätigkeit aus und im Gegensatz dazu 24 % eine Experten- oder Spezialistentätigkeit, in der Leiharbeit sind dies 9 %.

### **2.5.1.3 Persönliche Merkmale**

In der Leiharbeit sind mehr Männer als Frauen tätig, 70 % der LAN sind männlich. Bei der Gesamtbeschäftigung ist der Anteil fast ausgeglichen, hier sind 51 % der AN männlich. Die meisten männlichen LAN sind entweder in der Metall- und Elektrobranche mit 35 % oder im Bereich Verkehr, Logistik, Sicherheit und Reinigung zu 33 % tätig. Bei den Frauen arbeiten 25 % im Bereich Verkehr, Logistik, Sicherheit und Reinigung und jeweils 18 % sind im Bereich der unternehmerischen Dienstleistungen oder im Bereich Gesundheit, Soziales, Erziehung, Wirtschafts- und Geisteswissenschaften beschäftigt. Der Zuwachs der LAN war bei beiden Geschlechtern gleich hoch. Der Großteil der LAN ist verhältnismäßig jung, 47 % sind jünger als 35 Jahre. Bei den Beschäftigten insgesamt entspricht dies 33 %. Dafür sind nur 13 % der LAN älter als 54 Jahre, bei den Gesamtbeschäftigten hingegen 21 %. Daran erkennt man, dass Leiharbeit auch einen Einstieg ins Berufsleben ermöglichen kann.

26 % der LAN haben eine ausländische Staatsangehörigkeit. Dieser Teil ist in den letzten Jahren angestiegen. Bei den Gesamtbeschäftigten liegt der Anteil bei 10 %.<sup>23</sup>

### **2.5.2 Arbeitsentgelt**

Im Jahr 2015 betrug das Medianentgelt der sozialversicherungspflichtig Vollzeitbeschäftigten monatlich 3.084€, das Medianentgelt der LAN betrug hingegen nur 1.799€, somit um 42 % geringer. Dies ist jedoch auch auf die große Anzahl an Helfertätigkeiten zurückzuführen. Unterschieden nach

---

<sup>23</sup> Vgl. Bundesagentur für Arbeit, Aktuelle Entwicklungen in der Zeitarbeit, S.11-12.

Tätigkeiten verdienen LAN mit einer Helfertätigkeit im Durchschnitt 28 % weniger als Stammarbeitnehmer mit Helfertätigkeiten. Bei Fachkräften ist die Differenz mit ca. 26 % fast gleich. Nur bei Spezialisten- und Expertentätigkeiten verringert sich die Lohndifferenz auf 17 bzw. 15 %.<sup>24</sup>

### **2.5.3 Beschäftigungsdauer**

Die Dauer der Arbeitseinsätze der LAN bei Entleihern kann nicht statistisch erfasst werden. Aber man kann die Dauer der Beschäftigungsverhältnisse zwischen den LAN und den Verleihern messen. Dabei kann ermittelt werden, wie lange die zu einem bestimmten Zeitpunkt bereits bestehenden Beschäftigungsverhältnisse schon andauern und zum anderen, wie lange beendete Beschäftigungsverhältnisse andauert haben. Von Januar bis Juni 2016 haben insgesamt 680.000 AN ein Arbeitsverhältnis mit einem Verleiher geschlossen und 616.000 haben ein Leiharbeitsverhältnis beendet. Im Vergleich zum Vorjahr ist dies ein Anstieg von 2 % bei den begonnenen Arbeitsverhältnissen, bei den beendeten sind es 5 % mehr. Im Juni 2016 dauerten 35 % der bestehenden Leiharbeitsverhältnisse bereits 18 Monate und mehr und 21 % zwischen 9 und unter 18 Monaten. 10 % der Beschäftigungsverhältnisse dauerten noch keinen Monat an. Bei den 616.000 beendeten Beschäftigungsverhältnissen dauerten 29 % lediglich einen Monat an und 15 % bestanden 18 Monate und länger.<sup>25</sup>

### **2.5.4 Leiharbeitsunternehmen**

Es gibt Betriebe mit dem Schwerpunkt bei ANÜ und Mischbetriebe, die ihren Schwerpunkt in einem anderen Bereich haben. In Deutschland gab es zum Zeitpunkt Juni 2016 52.200 Verleihbetriebe, davon 11.300 mit dem Schwerpunkt ANÜ. Verglichen mit dem Vorjahr gab es diesbezüglich einen Zuwachs von 4 %, bei den „reinen“ Leiharbeitsunternehmen waren es 3 %. 90 % der Mischbetriebe beschäftigten weniger als 10 LAN, 40 % der Verleihbetrieben mit Schwerpunkt ANÜ beschäftigten 50 oder mehr LAN.<sup>26</sup>

---

<sup>24</sup> Vgl. Bundesagentur für Arbeit, Aktuelle Entwicklungen in der Zeitarbeit, S.20.

<sup>25</sup> Vgl. Bundesagentur für Arbeit, Aktuelle Entwicklungen in der Zeitarbeit, S.13-14.

<sup>26</sup> Vgl. Bundesagentur für Arbeit, Aktuelle Entwicklungen in der Zeitarbeit, S.8.

### 3 Der Werkvertrag

Hier wird definiert, was ein Werkvertrag ist und eine Abgrenzung zu zwei anderen Formen des drittbezogenen Personaleinsatzes vorgenommen.

#### 3.1 Definition

Bei einem Werkvertrag verpflichtet sich der Werkunternehmer zur Herstellung eines Werkes und der Besteller zur Zahlung der vereinbarten Vergütung gem. § 631 Abs.1 BGB. Wichtig ist, dass der Werkunternehmer einen bestimmten Erfolg als Ergebnis seiner Arbeitsleistung schuldet. Dieser Erfolg kann durch die Neuerstellung oder Veränderung einer Sache, durch deren Wiederinstandsetzung oder in Form einer geistigen Tätigkeit, z.B. der Erstellung eines Gutachtens, erzielt werden.<sup>27</sup> Nach Abschluss des Werkvertrages gibt es verschiedene Varianten, wie der Werkunternehmer diesen ausführen kann. Entweder kann er die Aufgabe persönlich erfüllen, einen bei ihm angestellten AN die Aufgabe erledigen lassen oder wiederum einen Selbständigen zur Erledigung beauftragen.<sup>28</sup> Dabei trägt der Werkunternehmer das Unternehmerrisiko und ist für die Organisation des herzustellenden Werkes selbst verantwortlich. Der Besteller hat darauf keinen Einfluss, auch nicht auf die eingesetzten AN.<sup>29</sup>

#### 3.2 Abgrenzung

Im Folgenden wird der Werkvertrag zur ANÜ und zum Dienstvertrag abgegrenzt.

##### 3.2.1 Zur Arbeitnehmerüberlassung

Der wesentliche Unterschied zwischen ANÜ und einem Werkvertrag besteht darin, wie der eingesetzte AN behandelt wird. Bei der ANÜ wird der LAN wie ein eigener AN eingesetzt. Bei AN, die aufgrund eines Werkvertrages im Betrieb tätig sind, bleibt das Weisungsrecht bei ihrem AG,

---

<sup>27</sup> Vgl. Jaensch, Grundzüge des Bürgerlichen Rechts, Rn.686–687.

<sup>28</sup> Vgl. Rabe von Pappenheim, Lexikon Arbeitsrecht 2016, S.471.

<sup>29</sup> Vgl. Bundesagentur für Arbeit, Merkblatt zur Abgrenzung zwischen Arbeitnehmerüberlassung und anderen Formen drittbezogenen Personaleinsatzes, S.1.

also dem Werkunternehmer. Es spielt auch eine Rolle, ob, bzw. wie sehr die AN in die Arbeitsorganisation des Bestellers eingegliedert sind.<sup>30</sup> Problematisch wird es in der Praxis bei der Abgrenzung vor allem bei sogenannten Inhouse–Werkverträgen, d. h., wenn die zu erfüllende Aufgabe sich im Betrieb des Werkbestellers befindet. Durch die räumliche Einbeziehung kann es passieren, dass sich die eingesetzten AN des Werkunternehmers in die Betriebsorganisation des Werkbestellers so eingliedern, dass sich der Werkvertrag zu ANÜ entwickelt.<sup>31</sup>

### 3.2.2 Zum Dienstvertrag

Bei einem Dienstvertrag nach § 611 Abs.1 BGB verpflichtet sich jemand zur Erbringung von Diensten. Im Gegenzug erhält er dafür eine Vergütung. Unter Diensten versteht man jegliche Art von Diensten gem. Abs.2.

Bei Dienstverträgen ist zwischen freien Dienstverträgen und Arbeitsverträgen zu differenzieren. Der wesentliche Unterschied besteht bei der persönlichen Abhängigkeit des AN bei einem Arbeitsvertrag. Diese Abhängigkeit erkennt man an der Weisungsgebundenheit bezüglich der Ausführung der Tätigkeit und der Arbeitszeit. Der AN muss sich den Vorgesetzten seines AG fügen und muss regelmäßig zur Arbeit an einem festen Arbeitsort erscheinen. Der Dienstverpflichtete bei einem freien Dienstvertrag steht nicht in einem Abhängigkeitsverhältnis, er verrichtet seine Dienste eigenständig. Bei der Unterscheidung zwischen Werk– und Dienstvertrag ist wichtig, ob Gegenstand des Vertrages nur die Verrichtung von Diensten ist oder darüber hinaus auch ein bestimmter Erfolg vereinbart wurde.<sup>32</sup>

---

<sup>30</sup> Vgl. Rabe von Pappenheim, Lexikon Arbeitsrecht 2016, S.470.

<sup>31</sup> Vgl. Rabe von Pappenheim, Lexikon Arbeitsrecht 2016, S.471.

<sup>32</sup> Vgl. Emmerich, BGB Schuldrecht Besonderer Teil, § 9 Rn.2-3, 6.

## **4 Gesetz zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetze**

Der folgende Abschnitt befasst sich mit dem Inhalt des Gesetzes. Es wird untersucht, was laut Koalitionsvertrag vorgesehen wurde, wie die Situation vor dem Gesetz war, was die Ziele des Gesetzes sind und anschließend werden die wichtigsten Punkte dargestellt und bewertet.

### **4.1 Der Koalitionsvertrag**

Im Koalitionsvertrag der CDU, CSU und SPD, „Deutschlands Zukunft gestalten“, sind zwei Punkte zum Gesetz vorhanden. Unter dem Titel „Missbrauch von Werksvertragsgestaltungen verhindern“ wird ausgeführt, dass rechtswidrige Formen eines Werkvertrags keinen Nachteil für AN darstellen dürfen, daher sollen diese unterbunden werden. Dies soll durch mehrere Vorgänge umgesetzt werden. Die Prüftätigkeit soll bei der Zollverwaltung angesetzt und besser organisiert werden, die Informations- und Unterrichtsrechte des Betriebsrates sollen gestärkt werden und verdeckte ANÜ soll geahndet werden. Damit sollen Werkunternehmer und Besteller mit Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis nicht besser behandelt werden als diejenigen, die illegal AN überlassen. Der gesetzliche Arbeitsschutz soll auch für Werkarbeitnehmer gewährleistet werden. Außerdem wurde vorgesehen, die Kriterien der Rechtsprechung zur Abgrenzung zwischen legaler und illegaler Verwendung von Fremdpersonal gesetzlich festzuschreiben, um die Kontrollen für die Behörden einfacher zu gestalten. Der zweite Titel lautet „Arbeitnehmerüberlassung weiterentwickeln“. Dabei soll der vorübergehende Charakter der ANÜ durch Einführung einer Überlassungshöchstdauer von 18 Monaten verstärkt werden. Doch es sind auch Abweichungen hiervon vorgesehen, wenn die Tarifparteien der Einsatzbranche dies in einem Tarifvertrag vereinbaren oder der Tarifvertrag in einer Betriebsvereinbarung angewendet wird. Außerdem soll Leiharbeit auf ihre Kernfunktion zurückgeführt werden. Zum einen sollen LAN spätestens nach neun Monaten dasselbe Arbeitsentgelt wie Stammarbeitnehmer erhalten. Zudem sollen LAN nicht als

Streikbrecher verwendet werden. Zuletzt soll verdeutlicht werden, dass LAN bei betriebsverfassungsrechtlichen Schwellenwerten grundlegend mitzuzählen sind, wenn dies dem Sinn und Zweck der Vorschrift nicht entgegensteht. Dadurch soll die Arbeit für Betriebsräte vereinfacht werden.<sup>33</sup>

## **4.2 Situation und Ziele des Gesetzes**

Die Bundesregierung will Leiharbeit zu ihrer Kernfunktion zurückführen und die missbräuchliche Verwendung von Werkverträgen unterbinden.

Durch Leiharbeit haben Unternehmen die Möglichkeit, kurzfristige Auftragschwankungen und fehlendes Personal auszugleichen. Eine weitere große Bedeutung hat Leiharbeit für den Arbeitsmarkt. Sie bietet weniger qualifizierten AN die Möglichkeit, aus der Arbeitslosigkeit heraus zu kommen. Auf der anderen Seite birgt Leiharbeit aber auch Risiken für AN, z.B. bei Konjunkturschwankungen. Zudem haben LAN auch bei längeren Einsätzen zum Teil noch schlechtere Arbeitsbedingungen als Stammbeschäftigte. Häufig ist dies in Branchen, in denen es noch keine tarifvertraglichen Bestimmungen für den Einsatz von LAN gibt, der Fall.

Deshalb soll durch dieses Gesetz Leiharbeit eine zeitlich begrenzte Möglichkeit zur Deckung von Personalengpässen werden, LAN sollen vor Missbrauch geschützt werden und die Arbeit der Betriebsräte soll gestärkt werden. Gleichzeitig soll aber die Flexibilität der Leiharbeit für Unternehmen und die Chancen für AN gesichert werden. Außerdem soll die Sozialpartnerschaft durch Möglichkeiten zur tariflichen Regelung gefestigt werden.

Zum Thema Werkverträge wird ausgeführt, dass diese vielfältig ausgestaltet, aber auch kompliziert sein können. Dennoch sind sie für die heutige Wirtschaftslage unverzichtbar. Den Missbrauch bei Werkverträgen sieht die Bundesregierung in Konstellationen, die bewusst oder unbewusst als Werkverträge bezeichnet werden, aber tatsächlich Arbeitsverträge sind. Ein weiterer Missbrauch besteht darin, dass Unternehmen Verträge als

---

<sup>33</sup> Vgl. Die Bundesregierung, Koalitionsvertrag 18. Legislaturperiode S.69.

Werkverträge bezeichnen, tatsächlich aber Leiharbeit betrieben wird. Dies wird verdeckte ANÜ genannt. Falls die verdeckte ANÜ erkannt wurde, konnte der Werkunternehmer bisher noch mit einer vorhandenen Verleiherlaubnis die Leiharbeit legalisieren. Deshalb soll dieses Gesetz den Missbrauch bei Werkverträgen durch solche Konstruktionen verhindern. Zudem sollen die Informations- und Unterrichtsrechte des Betriebsrates beim Fremdpersonaleinsatz festgeschrieben werden.<sup>34</sup>

### **4.3 Arbeitnehmerüberlassungsgesetz**

Beim AÜG werden die wichtigsten Neuerungen erläutert, deren Intensionen und Begründungen dargestellt und bewertet.

#### **4.3.1 Definition**

Die Definition unter Punkt 2.1 wurde ergänzt. Dazu wurde der § 1 Abs.1 neugestaltet. S.1 besagt weiterhin, dass ANÜ betrieben wird, wenn ein AG als Verleiher einen AN (LAN) an einen Dritten (Entleiher) im Rahmen der wirtschaftlichen Tätigkeit zur Arbeitsleistung überlässt. ANÜ ist auch weiterhin erlaubnispflichtig. In S.2 wird erläutert, was unter der Überlassung zur Arbeitsleistung verstanden wird. Dies ist der Fall, wenn der AN in die Arbeitsorganisation des Entleihunternehmens eingegliedert ist und an die Weisungen des Entleihers gebunden ist.

Dies sind die durch die Rechtsprechung festgelegten Voraussetzungen der ANÜ. Dazu ist in jedem Einzelfall eine Gesamtbetrachtung durchzuführen. Ziel dieser Regelung ist es, die Abgrenzung zwischen einem LAN bei der ANÜ und einem AN, der im Rahmen eines Werk— bzw. Dienstvertrages tätig wird, zu verdeutlichen.<sup>35</sup>

Zunächst ist festzustellen, dass die Rechtsprechung von ANÜ ausgeht, wenn der LAN voll in den Betrieb des Entleihers eingegliedert und seine

---

<sup>34</sup> Vgl. BT-Drs. 18/9232 S.1-2.

<sup>35</sup> Vgl. BT-Drs. 18/9232 S.19.

Arbeiten allein nach dessen Weisungen ausführt.<sup>36</sup> Somit wurde diese Definition nur vereinfacht übernommen. Da jedoch weiterhin eine Gesamtbetrachtung durchzuführen ist, ändert sich meiner Auffassung nach an der Rechtslage nichts. Wenn ein AN in die Betriebsorganisation des Entleihers bzw. Bestellers eingegliedert ist und dessen Weisungen unterliegt, dann wird er wie ein eigener AN behandelt und nicht mehr wie ein eingesetzter AN eines anderen Unternehmens. Somit sind diese Kriterien für die Abgrenzung entscheidend. Deshalb kann diese Regelung meiner Ansicht nach die Abgrenzung von ANÜ und Werk— bzw. Dienstverträgen erleichtern.

Ergänzend hierzu wurde in § 12 Abs.1 S.2 AÜG eingefügt, dass die tatsächliche Durchführung des Vertrages maßgebend ist. Wenn z.B. ein Werkvertrag vereinbart wurde, aber tatsächlich ANÜ betrieben wird, dann kann dies durch § 1 Abs.1 S.2 AÜG identifiziert werden, unabhängig davon, welcher Vertrag vereinbart wurde. Dies wurde ebenfalls durch die Rechtsprechung entwickelt und kann dazu beitragen, die Abgrenzung zu erleichtern.

Im Koalitionsvertrag wurde vorgesehen, die Abgrenzung zu verdeutlichen, daher entsprechen diese Regelungen dem Koalitionsvertrag.

Der ebenfalls neu eingefügte S.3 in § 1 Abs.1 AÜG stellt zusätzlich klar, dass ANÜ nur zulässig ist, wenn zwischen dem Verleiher und dem LAN ein Arbeitsvertrag besteht. Dadurch soll der Ketten—, Zwischen— oder Weiterverleih verboten werden. Diese Regelung wurde bisher schon von der BA angewandt und nun gesetzlich verankert.<sup>37</sup>

Meines Erachtens nach wird durch diese Vorschrift der LAN geschützt, da immer sichergestellt ist, wer der AG ist und von wem man verliehen werden

---

<sup>36</sup> Vgl. BAG, 06.08.2003, 7 AZR 180/03, jurion.

<sup>37</sup> Vgl. BT-Drs. 18/9232 S.19.



darf. Wenn der Entleiher einen LAN weiter verleiht, widerspricht dies bereits § 1 Abs.1 S.1 AÜG, da der Entleiher nie AG des LAN ist. Auf Grund dessen ist diese Regelung zu begrüßen, da sie die bisherige Praxis unterstützt, den LAN schützt und deutlich macht, wer der AG des LAN ist.

#### **4.3.2 Offenkundigkeit**

ANÜ wird durch das Prinzip der Offenkundigkeit konkretisiert. Dies ist in § 1 Abs.1 S.5-6 AÜG geregelt. Demnach darf ein LAN nur überlassen werden, wenn Verleiher und Entleiher zuvor im Vertrag ausdrücklich festgehalten haben, dass es sich um ANÜ handelt. Des Weiteren muss auch vor der Überlassung der zu überlassende LAN konkret festgelegt werden.

Durch dieses Offenkundigkeitsprinzip soll der Missbrauch in Form von verdeckter ANÜ verhindert werden, d. h., wenn ANÜ bewusst als Werkvertrag deklariert wurde. Wenn dies aufgedeckt wurde, konnte der Verleiher dies bisher durch seine vorhandene Überlassungserlaubnis legalisieren.<sup>38</sup>

Verdeckte ANÜ ist meiner Ansicht nach ein schweres und kriminelles Vorgehen. Daher ist es auf jeden Fall angebracht, dieses zu unterbinden. Man muss aber bedenken, dass es natürlich auch Entleiher gibt, die tatsächlich einen Werkvertrag anwenden wollten, welcher sich aber während der Durchführung zu ANÜ entwickelt hat. Durch diese Regelung werden Entleiher gezwungen, vor dem Einsatz von Fremdpersonal genau zu überlegen, welche Tätigkeit ausgeführt werden soll und durch welche Form dies ermöglicht werden kann. Dadurch ist es möglich, konkret einen Arbeitnehmerüberlassungsvertrag abzuschließen und der Verleiher kann für die erforderliche Tätigkeit den geeigneten LAN bestimmen.

Um AN vor verdeckter ANÜ zu schützen, ist dies für Verleiher und Entleiher ein zusätzlicher, aber angemessener Schritt.

---

<sup>38</sup> Vgl. BT-Drs. 18/9232 S.19-20.

Diese Maßnahme entspricht auch eindeutig der im Koalitionsvertrag geplanten Regelung, Missbrauch von ANÜ durch rechtswidrige Vertragskonstruktionen zu verhindern und ist daher zu begrüßen.

Vervollständigt wird das Offenkundigkeitsprinzip durch die Einführung des § 11 Abs.2 S.4 AÜG. Hier wird der Verleiher verpflichtet, den LAN vor jeder Überlassung darüber zu informieren, dass er als LAN eingesetzt wird. Da Verleiher und Entleiher bereits festgelegt haben, dass es sich um ANÜ handelt und konkret bestimmt haben, welcher AN überlassen werden soll, ist dies kein weiterer Aufwand für den Verleiher. Hierdurch weiß der LAN, in welchem Rahmen er tätig wird und kann missbräuchliche Verwendungen besser erkennen und seine Rechte durchsetzen. Auch diese Regelung ist sinnvoll, um missbräuchliche Vertragsgestaltungen zu verhindern.

#### **4.3.3 Überlassungshöchstdauer**

Eine weitere Voraussetzung der ANÜ ist nach § 1 Abs.1 S.4 AÜG, dass diese nur bis zu einer bestimmten Grenze möglich ist. Diese Überlassungshöchstdauer ist in § 1 Abs.1b AÜG geregelt und besagt, dass ein LAN nicht länger als 18 aufeinander folgende Monate an denselben Entleiher überlassen werden darf. Zusätzlich sind nach S.2 Überlassungszeiten durch denselben oder einen anderen Verleiher an denselben Entleiher zusammenzurechnen, wenn zwischen ihnen nicht mehr als drei Monate Unterbrechung liegen. Von der Überlassungshöchstdauer werden aber auch Ausnahmen zugelassen, die in den S.3-6 geregelt sind. Zur Übersichtlichkeit werden diese Ausnahmen nachfolgend in einer Abbildung dargestellt. Dabei ist zu unterscheiden, ob es sich um einen tarifgebundenen oder nicht tarifgebundenen Entleiher handelt, d.h. ob er Mitglied eines Arbeitgeberverbandes ist. Zudem ist zu beachten, ob im Tarifvertrag der Einsatzbranche eine Regelung zur Überlassungshöchstdauer gegeben ist.

*Abbildung 2: Abweichungen von der Überlassungshöchstdauer*

	Tarifgebundener Entleiher	Nicht tarifgebundener Entleiher
Tarifvertrag mit Regelung	Es gilt die Überlassungshöchstdauer des Tarifvertrages.	Regelung des Tarifvertrages kann durch Betriebsvereinbarung übernommen werden.
Tarifvertrag ohne Regelung aber mit Öffnungsklausel	Es kann eine Betriebsvereinbarung zur Regelung getroffen werden.	Es kann eine Betriebsvereinbarung zur Regelung getroffen werden, aber maximal 24 Monate.

*Quelle: eigene Darstellung*

Somit können tarifgebundene Entleiher durch eine Regelung im Tarifvertrag in der Einsatzbranche vollständig abweichen. Dies beinhaltet auch eine kürzere Überlassungsdauer. Nichttarifgebundene Entleiher können diesen Tarifvertrag ebenfalls durch eine Betriebsvereinbarung übernehmen. Wenn im Tarifvertrag keine Überlassungshöchstdauer enthalten ist, aber eine Öffnungsklausel zur Regelung durch Betriebsvereinbarungen, dann können tarifgebundene Entleiher dadurch eine festlegen. Somit gibt es nur für nichttarifgebundene Entleiher, wenn im Tarifvertrag keine Überlassungshöchstdauer festgesetzt wurde und deshalb eine Betriebsvereinbarung getroffen werden darf, eine zusätzliche gesetzliche Begrenzung auf 24 Monate. Diese Begrenzung gilt nicht, wenn in der Öffnungsklausel für Betriebsvereinbarungen eine Höchstdauer festgelegt ist. Insgesamt können Tarifverträge bzw. Betriebsvereinbarungen zwar abweichen, müssen aber eine konkrete Anzahl an Monaten enthalten. Wichtig bei den tarifungebundenen Entleihern ist, dass diese sich immer im Geltungsbereich des Tarifvertrages befinden müssen. Nach S.7 richten sich nicht tarifgebundene Entleiher nach dem Tarifvertrag, der für die Branche am repräsentativsten ist, wenn das Unternehmen in den Geltungsbereich

mehrerer Tarifverträge fällt. Nichttarifgebundene Entleiher ohne Betriebsrat können nicht von den 18 Monaten abweichen.

Die Berechnung dieser nach Monaten bestimmten Frist erfolgt nach § 187 Abs.2 S.1 BGB und § 188 Abs.2 2. Alt. BGB, d.h. sie beginnt mit dem ersten Tag der Überlassung und endet mit Ablauf des Vortages des letzten Monats, der dem Anfangstag der Frist entspricht. Bei Teilmonaten wird der Monat mit 30 Tagen berechnet. Bei der Feststellung, ob es sich um denselben Entleiher handelt, ist nicht auf den einzelnen Betrieb abzustellen, sondern auf den Entleiher als AG.<sup>39</sup>

Gem. § 19 Abs. 2 AÜG werden Einsatzzeiten vor dem 01. April 2017 bei der Berechnung der Überlassungshöchstdauer nicht berücksichtigt, somit greift diese Begrenzung frühestens ab dem 01. Oktober 2018.

Die Bundesregierung hat diese Überlassungshöchstdauer eingeführt, um die Voraussetzungen der vorübergehenden ANÜ klar zu stellen. Dadurch soll Rechtssicherheit hergestellt werden. Die 18 Monate werden dadurch begründet, dass es bereits Tarifverträge gibt, in denen ANÜ zeitlich begrenzt ist. Hier bezieht sich die Bundesregierung auf den Tarifvertrag<sup>40</sup> Leih- /Zeitarbeit in der Metall- und Elektrobranche in Baden- Württemberg. Dieser besagt, dass nach 18 Monaten ununterbrochener Überlassung geprüft werden muss, ob dem LAN eine Stelle angeboten werden soll, aber spätestens nach 24 Monaten muss dem LAN grundsätzlich ein Angebot unterbreitet werden. Durch die Überlassungshöchstdauer soll der Austausch von Stammarbeitnehmern durch LAN verhindert werden und für LAN ist es eindeutig, wie lange sie eingesetzt werden dürfen. Abweichungen von der Überlassungshöchstdauer durch Tarifverträge oder Betriebsvereinbarungen wurden eingeführt, um den Tarifvertragsparteien den Gestaltungsspielraum zu erhalten. Zudem soll dadurch die Tarifbindung bestärkt werden und die Unternehmen können Leiharbeit

---

<sup>39</sup> Vgl. Bundesagentur für Arbeit, Fachliche Weisungen AÜG, S.23-24.

<sup>40</sup> Vgl. IG Metall Bezirk Baden-Württemberg, Tarifvertrag Leih-/Zeitarbeit S.4.

weiterhin zur Flexibilisierung nutzen. Bei der Anwendung von tarifvertraglichen Regelungen für tarifungebundene Entleiher durch Betriebsvereinbarungen wird angeführt, dass dabei Regelungen nur im Ganzen übernommen werden dürfen und somit LAN auch von damit zusammenhängenden Bedingungen wie z.B. Übernahmeangeboten profitieren können. Bei der Frage, welcher Tarifvertrag für die Branche am repräsentativsten ist, soll die Anzahl der jeweils tarifgebundenen Unternehmen und AN betrachtet werden.<sup>41</sup>

Um den Tarifvertragsparteien und den Unternehmen Zeit zu geben, sich auf die Änderungen vorzubereiten, werden die vor dem Gesetz zurückgelegten Überlassungszeiten nicht mitberechnet.<sup>42</sup>

Bisher war ANÜ vorübergehend erlaubt, jedoch war nie klar, was darunter verstanden wird. Das BAG<sup>43</sup> hat zwar festgestellt, dass nicht vorübergehende ANÜ verboten ist, aber keine Kriterien dafür festgelegt. Daher wird durch die Überlassungshöchstdauer klargestellt, was unter vorübergehend verstanden wird und das Ziel, Rechtssicherheit zu schaffen, erfüllt. Ob der Austausch von Stammarbeitnehmern dadurch verhindert werden kann, ist fraglich. Theoretisch kann ein Unternehmen nach 18 Monaten einfach den nächsten LAN einsetzen oder sogar immer zwei LAN abwechselnd beschäftigen. Deshalb wurde diskutiert, ob die Überlassungshöchstdauer arbeitnehmer- oder arbeitsplatzbezogen ausgestaltet werden sollte. Eine arbeitsplatzbezogene Überlassungshöchstdauer würde bedeuten, dass ein Arbeitsplatz 18 Monate mit einem LAN besetzt werden kann, anschließend nicht mehr. Irgendwann könnte ein Unternehmen dadurch keine LAN mehr einsetzen, was dann auch den LAN schaden würde. Daher ist meiner Ansicht nach der gewählten Form der arbeitnehmerbezogenen Überlassungshöchstdauer zuzustimmen. Wichtig war hier auch die Vorgabe, dass ein Verleiherwechsel keine Auswirkungen auf die Höchstdauer hat, um missbräuchliche Konstruktionen zu vermeiden.

---

<sup>41</sup> Vgl. BT-Drs. 18/9232 S.20-21.

<sup>42</sup> Vgl. BT-Drs. 18/9232 S.31.

<sup>43</sup> BAG vom 10. Juli 2013, 7 ABR 91/11, juris.

Ebenfalls zuzustimmen ist im Hinblick auf diesen Punkt der Regelung, dass Unterbrechungen von bis zu drei Monaten unerheblich sind.

Die Überlassungshöchstdauer schafft zwar Klarheit für LAN, da der Zeitraum, in denen sie eingesetzt werden können, fest ist, aber man sollte die Überlassungshöchstdauer auch kritisch hinterfragen. Gerade wegen des Fachkräftemangels nutzen Unternehmen ANÜ, um Stellen vorübergehend zu besetzen. Dabei kann es für LAN auch von Vorteil sein, wenn sie länger bei einem Unternehmen eingesetzt werden. Durch eine gute Leistung können sie den Entleiher überzeugen, übernommen zu werden.<sup>44</sup> Deshalb sind Abweichungen von der Überlassungshöchstdauer meines Erachtens notwendig, um Leiharbeit für Unternehmen attraktiv zu halten. Dadurch kann ANÜ weiterhin genutzt werden, um bei Personalengpässen durch Auftragsspitzen aber auch bei Krankheitsausfällen oder Vertretungen reagieren zu können.

Der Koalitionsvertrag schreibt eine Begrenzung auf 18 Monate vor, aber mit der Möglichkeit durch Tarifvertrag oder Betriebsvereinbarung abzuweichen. Nicht vorgegeben war die Abweichung für tarifungebundene Entleiher. Hier wurde der Koalitionsvertrag überschritten, aber meiner Ansicht nach ist eine Abweichung auch für tarifungebundene Unternehmen erforderlich, um die negative Koalitionsfreiheit nach Art. 9 Abs.3 GG zu gewährleisten.

#### **4.3.4 Equal Pay**

In § 8 AÜG ist geregelt, dass der LAN Anspruch auf die gleichen Arbeitsbedingungen, insbesondere auf das gleiche Arbeitsentgelt (Equal Pay) wie ein vergleichbarer Stammarbeitnehmer des Entleihers hat (Gleichstellungsgrundsatz). § 8 Abs.1 S.2 AÜG enthält eine Vermutungsregelung. Demnach sind LAN in Bezug auf das Arbeitsentgelt gleichgestellt, wenn sie das tarifliche Entgelt eines vergleichbaren AN des Entleihers erhalten, oder falls dies nicht vorhanden ist, das tarifliche Entgelt eines vergleichbaren AN

---

<sup>44</sup> Vgl. Experteninterview mit Herrn Merkel vom 19.01.2017 S.3.

der Einsatzbranche. Sachbezüge können gem. S.3 durch einen Wertausgleich in Euro abgegolten werden. Nach Abs.2 sind Abweichungen vom Equal Pay durch Tarifvertrag möglich, wenn das nach § 3a Abs.2 AÜG festgelegte Mindeststundenentgelt eingehalten wird. Wenn ein nichttarifgebundenes Unternehmen in den Geltungsbereich eines Tarifvertrages fällt, kann es mit dem AN die Bezugnahme vereinbaren. Falls dann ein Tarifvertrag das Mindestentgelt nach § 3a Abs.2 AÜG unterschreitet, gilt wieder der Gleichstellungsgrundsatz, d.h. dass der Verleiher das Entgelt eines vergleichbaren AN des Entleiher vergüten muss. Dadurch konnten Unternehmen bisher durch Tarifvertrag uneingeschränkt vom Gleichstellungsgrundsatz abweichen. Durch den neueingeführten Abs.4 wurde dies geändert. Demnach kann ein Tarifvertrag vom vergleichbaren Arbeitsentgelt abweichen, aber nur für die ersten neun Monate des Einsatzes bei einem Entleiher. Anschließend muss das Arbeitsentgelt eines vergleichbaren Stammbeschäftigten gewährt werden. Darüber hinaus kann nur durch sogenannte Branchenzuschlags-tarifverträge abgewichen werden. Dabei muss nach spätestens 15 Monaten das tarifliche Arbeitsentgelt eines vergleichbaren Stammbeschäftigten erreicht werden und nach spätestens sechs Wochen des Einsatzes eine Heranführung an dieses tarifliche Arbeitsentgelt stattfinden. Auch hier gibt es für nichttarifgebundene Unternehmen die Option, durch Vereinbarung mit ihren AN die tariflichen Regelungen zu übernehmen. Bei der Berechnung der 9 bzw. 15 Monate werden mehrere Überlassungen durch denselben oder einen anderen Verleiher an denselben Entleiher zusammengerechnet, wenn dazwischen jeweils nicht mehr als drei Monate liegen. Die sogenannte Drehtürklausel wurde beibehalten und in Abs.3 eingefügt. Diese besagt, dass eine tarifliche Abweichung nicht bei LAN gestattet ist, die in den letzten sechs Monaten vor der ANÜ ein Arbeitsverhältnis mit dem Entleiher oder einem AG, der mit diesem einen Konzern nach § 18 Aktiengesetz bildet, beendet haben.

Abs.5 legt fest, dass der Verleiher dem LAN für Zeiten der Überlassung und auch für überlassungsfreie Zeiten mindestens das Mindeststundenentgelt

nach § 3a Abs.2 AÜG zahlen muss. Gem. § 19 Abs.2 AÜG werden Einsatzzeiten vor dem 01. April 2017 bei der Berechnung der Monate zur Abweichung von Equal Pay nicht berücksichtigt.

Wie bei der Überlassungshöchstdauer erfolgt die Berechnung der nach Monaten bestimmten Frist nach § 187 Abs.2 S.1 BGB und § 188 Abs.2 2. Alt. BGB. Somit greift der Anspruch auf Equal Pay nach neun Monaten erstmals ab dem 01. Januar 2018 und der Anspruch nach 15 Monaten durch Branchenzuschlagstarifverträge ab dem 01. Juli 2018.<sup>45</sup>

In § 8 AÜG sollte der Gleichstellungsgrundsatz einheitlich dargestellt und ergänzt werden, da dieser bisher in mehreren Paragraphen verteilt war.

Bei der Auslegung des Arbeitsentgeltes bezieht sich die Bundesregierung auf die Rechtsprechung. Das BAG<sup>46</sup> versteht unter gleichwertigem Arbeitsentgelt das Entgelt, welches der LAN bei einer Anstellung beim Entleiher für diese Arbeit verdient hätte. Ein anderes Urteil<sup>47</sup> besagt, dass sämtliche auf den Lohnabrechnungen aufgeführte Bruttovergütungsbestandteile vergleichbarer Stammarbeitnehmer zu berücksichtigen sind.

Zwei weitere Urteile<sup>48</sup> machen deutlich, dass zum gleichwertigen Arbeitsentgelt jede Vergütung gehört, die aufgrund eines Arbeitsverhältnisses bzw. Entgeltfortzahlung zusteht. Dazu werden beispielsweise das Urlaubsentgelt, Entgeltfortzahlung, Sonderzahlungen, Zulagen, Zuschläge und vermögenswirksame Leistungen angeführt. Die Vermutungsregel, wann ein LAN bezüglich des Arbeitsentgeltes gleichgestellt ist, soll die Umsetzung von Equal Pay in der Praxis vereinfachen. Zudem soll die Relevanz tarifvertraglicher Regelungen verdeutlicht werden. Die bisherige Abweichungsmöglichkeit durch Tarifvertrag wurde eingeschränkt. Entweder kann neun Monate komplett abgewichen werden oder 15 Monate eine Heranführung durchgeführt

---

<sup>45</sup> Vgl. Bundesagentur für Arbeit, Fachliche Weisungen AÜG, S.83.

<sup>46</sup> BAG vom 19. Februar 2014, 5 AZR 1046/12 Rn.26, juris.

<sup>47</sup> BAG vom 24. September 2014, 5 AZR 254/13, Rn.26, juris.

<sup>48</sup> BAG vom 13. März 2013, 5 AZR 294/12 Rn.27 und BAG vom 19. Februar 2014, 5 AZR 1047/12 Rn.36-37, juris.



werden. Anschließend muss das gleichwertige Arbeitsentgelt bzw. bei der Heranführung das tarifvertraglich vergleichbare Arbeitsentgelt in der Einsatzbranche, welches von den Tarifvertragsparteien der Zeitarbeitsbranchen festgelegt wird, gewährt werden. Diese Regelung wurde eingeführt, um bestehende Branchenzuschlagstarifverträge zu bestärken und auszubauen. Hierdurch sollen Tarifvertragsparteien angeregt werden, ebenfalls solche Branchenzuschlagstarifverträge einzuführen und Gestaltungsspielraum bleibt erhalten.<sup>49</sup>

Dass vor dem Gesetz zurückgelegte Überlassungszeiten nicht mitberechnet werden, soll auch hier den Tarifvertragsparteien und den Unternehmen Zeit geben, um sich auf die Änderungen vorzubereiten.<sup>50</sup>

Bei der Vermutungsregelung ist problematisch, dass diese widerlegbar ist. Sobald ein LAN erfährt, dass ein vergleichbarer AN über dem Tariflohn bezahlt wird, ist die Vermutung widerlegt und der LAN schlechter gestellt. Das Gesetz sieht vor, dass Sachleistungen in Euro ausgeglichen werden können. Hier wurde kein Maßstab vorgegeben, wie dies erfolgen soll, z. B. bei einem Dienstwagen. Dabei ist zu bedenken, welchen Preis man ansetzt, den Neuwagenpreis oder die Leasingrate oder ähnliches. Danach stellt sich die Frage, wie man diesen dann monatlich umlegt.<sup>51</sup>

Meiner Ansicht nach ist diese Kritik gerechtfertigt, da eine widerlegbare Vermutung schlecht ist, denn sie schafft Rechtsunsicherheit. Der Punkt mit den Sachleistungen ist zu gering ausgeführt. Auch hier entsteht Rechtsunsicherheit, da man die Regelung selbst auslegen muss. Insgesamt lässt die Regelung zu Equal Pay einiges undefiniert. Es ist unklar, welche Entgeltbestandteile vergütet werden müssen. Das schafft ebenfalls Unsicherheit und es könnte passieren, dass Unternehmen dann lieber auf Nummer sicher gehen und nach neun Monaten die Überlassung beenden. Als positiv anzusehen ist, dass die Möglichkeit für

---

<sup>49</sup> Vgl. BT-Drs. 18/9232 S.23-24.

<sup>50</sup> Vgl. BT-Drs. 18/9232 S.31.

<sup>51</sup> Vgl. Experteninterview mit Herrn Merkel vom 19.01.2017 S.1-2.

Branchenzuschlagstarifverträge erhalten bleibt und gefördert wird. Dadurch können branchenübliche Merkmale umgesetzt werden und der Gestaltungsspielraum für die Tarifvertragsparteien bleibt erhalten. Dass die Vertragstarifparteien der Zeitarbeitsbranche das gleichwertige Entgelt in der Einsatzbranche festlegen, kann dazu führen, dass es doch noch Abweichungen vom tatsächlichen Entgelt gibt. Hier kommt es auf gute Verhandlungen und Recherchen an, was in der jeweiligen Branche verdient wird. Durch die Öffnung für nichttarifgebundene AG und AN wird sichergestellt, dass auch diese AN Zuschläge erhalten können. Dies führt zur Gleichbehandlung und ist zu begrüßen. Meinem Empfinden nach sollte eine Abweichung von Equal Pay erhalten bleiben, da LAN sich im Unternehmen erst einmal einarbeiten müssen und es daher gerechtfertigt ist, in den ersten Monaten geringer vergütet zu werden. Dies ist auch bei Stammbeschäftigten üblich.

Zusammen mit der Überlassungshöchstdauer wird die ANÜ jetzt doppelt begrenzt, was für den LAN auch nachteilig sein kann. Wenn er sich nach neun bzw. 15 Monaten an das vergleichbare Arbeitsentgelt herangearbeitet hat, wird er im schlimmsten Fall nach 18 Monaten wieder bei diesem Entleiher abgezogen und beginnt bei einem anderen Entleiher wieder mit einem geringeren Entgelt.

Dass für die Berechnung des Equal Pays Zeiten vor dem Gesetz nicht mitberechnet werden ist gut, denn dadurch wird Rechtsklarheit geschaffen und die Beteiligten haben genug Zeit, sich an die neuen Regelungen anzupassen. Grundsätzlich ist zu begrüßen, dass die vollständige Abweichung durch Tarifverträge eingeschränkt wurde, aber trotzdem bleiben bei Equal Pay offene Fragen und Rechtsunsicherheit.

Im Koalitionsvertrag ist vorgegeben, dass AN nach neun Monaten bezüglich des Entgelts gleichgestellt werden sollen. Dies wurde umgesetzt.

Die verlängerte Abweichung durch Branchenzuschlagstarifverträge war nicht vorgesehen, sondern wurde während des Gesetzgebungsprozesses entwickelt. Damit geht diese Regelung über den Koalitionsvertrag hinaus,

aber meiner Ansicht nach ist ein Branchenzuschlagstarifvertrag ein guter Kompromiss und deshalb ist das Überschreiten angebracht.

#### **4.3.5 Unwirksamkeit**

§ 9 Abs.1 AÜG legt fest, welche Vertragskonstellationen unwirksam sind und damit Sanktionen auslösen. An dieser Stelle werden neben der Nr.1 nur die neu eingeführten Unwirksamkeiten aufgeführt.

Nach Nr.1 sind wie bisher Verträge zwischen Entleihern und Verleihern unwirksam, wenn der Verleiher nicht die nach § 1 Abs.1 S.1 AÜG erforderliche Erlaubnis zur ANÜ hat. Wenn im Vertrag die ANÜ nicht, wie nach § 1 Abs.1 S.5 und 6 vorgegeben, deutlich als diese bezeichnet wurde und der LAN nicht konkretisiert wurde, ist dieser Vertrag nach Nr.1a unwirksam. Wenn die nach § 1 Abs.1b vorgegebene Überlassungshöchstdauer überschritten wird, ist nach Nr.1b der Vertrag zwischen Entleiher und Verleiher ebenfalls unwirksam. Vereinbarungen, die dem LAN nicht die nach § 8 AÜG festgesetzten Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts gewähren, sind nach Nr.2 unwirksam.

Die Vertragsparteien sollen durch Nr.1a dazu bewegt werden, zur gewählten ANÜ zu stehen. Dadurch wird die klare Abgrenzung von ANÜ und anderen Konstruktionen durchgesetzt. Nr.1b wurde eingeführt, um das Ziel, nicht vorübergehende ANÜ zu unterbinden, zu vervollständigen. Bei Nr.2 handelt es sich um eine Folgeänderung, da § 8 verändert wurde.<sup>52</sup>

Meiner Ansicht nach sind diese Regelungen erforderlich, um die bereits festgelegten zu bekräftigen. Wenn gegen das Offenkundigkeitsprinzip, die Überlassungshöchstdauer oder Equal Pay verstoßen wird, müssen diese Verträge unwirksam werden, damit Konsequenzen daraus resultieren können. Das Ziel, eine klare Abgrenzung herbeizuführen, kann durch diese

---

<sup>52</sup> Vgl. BT-Drs. 18/9232 S.25-26.

Regelung erreicht werden. Unternehmen müssen sich vorher gut überlegen, welche Vertragskonstruktion sie wählen und sich dazu bekennen, um die Unwirksamkeit des Vertrages zu vermeiden.

#### **4.3.6 Sanktionen**

Wenn gegen die Regelungen des AÜG verstoßen wird, gibt es mehrere Konsequenzen, die daraus resultieren können. Diese sind zum einen in § 3 AÜG geregelt, wobei dem Verleiher die Überlassungserlaubnis entzogen werden kann. Nach § 16 AÜG können durch Ordnungswidrigkeiten Geldbußen entstehen und in schlimmen Fällen wird dem LAN ein Arbeitsverhältnis zum Entleiher fingiert gem. § 10 AÜG.

Der § 3 Abs.1 AÜG wurde an die neuen Regelungen angepasst und daher nur wenig verändert. Dadurch wird einem Verleiher die Erlaubnis nach Nr.1 entzogen, wenn er die Überlassungshöchstdauer des § 1 Abs.1b AÜG überschreitet. Zudem kann dem Entleiher die Erlaubnis entzogen werden, wenn er nach Nr.3 dem LAN nicht die nach § 8 AÜG vorgegebenen Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts einräumt.

Durch die Folgeänderung des § 3 Abs.1 AÜG soll deutlich werden, dass die Zuverlässigkeit des Entleihers zur Durchführung der ANÜ überprüft wird und ob er die essenziellen Voraussetzungen der ANÜ einhält. Wenn diese nicht mehr gegeben sind, muss die Erlaubnis entzogen werden oder darf nicht mehr verlängert werden. Bei geringem Überschreiten der Überlassungshöchstdauer muss eine Abwägung der Gesamtumstände stattfinden, um diese Zuverlässigkeit zu überprüfen.<sup>53</sup>

Gem. § 10 Abs.1 AÜG wird zwischen dem Entleiher und dem LAN ein Arbeitsverhältnis fingiert, wenn der Vertrag nach § 9 unwirksam ist. Als Beginn des Arbeitsverhältnisses gilt der vorgesehene Überlassungsbeginn oder falls die Unwirksamkeit im Laufe der ANÜ entstanden ist, dieser Zeitpunkt. Das Arbeitsverhältnis kann befristet sein, wenn die ANÜ nur für

---

<sup>53</sup> Vgl. BT-Drs. 18/9232 S.22-23.

einen bestimmten Zeitraum vorgesehen war oder ein sachlich rechtfertigender Grund besteht. Außerdem muss der Entleiher dem LAN mindestens das mit dem Verleiher vereinbarte Arbeitsentgelt gewähren.

Durch die Formulierung des Abs.1 soll klargestellt werden, dass diese Regelung nur für unwirksame Verträge nach § 9 Abs.1 Nr.1-1b gilt. Somit wird nur ein Arbeitsverhältnis fingiert, wenn der Verleiher nicht die erforderliche Erlaubnis hat, wenn ANÜ verdeckt betrieben wird oder die Überlassungshöchstdauer überschritten wird. Bei den anderen Unwirksamkeitsvereinbarungen gilt § 10 nicht. Bisher wurde zwischen LAN und Entleiher schon ein Arbeitsverhältnis fingiert, wenn der Verleiher nicht die benötigte Überlassungserlaubnis hatte. Durch die Sanktionierung von verdeckter ANÜ soll sichergestellt werden, dass Werkunternehmer mit Überlassungserlaubnis nicht bessergestellt werden, also solche, die unzulässig AN überlassen. Dadurch ist auch für den LAN ohne gerichtliche Klärung klar, wer sein AG ist. Mit der Fiktion eines Arbeitsverhältnisses bei Überschreiten der Überlassungshöchstdauer soll die Rechtsprechung des BAG bei nicht vorübergehender ANÜ weiterentwickelt werden. Die Fiktion gilt sowohl bei der Überschreitung der nach § 1 Abs.1b S.1 AÜG festgelegten 18 Monaten, als auch bei den tarifvertraglichen bzw. durch Betriebsvereinbarungen festgelegten Überlassungshöchstdauern.<sup>54</sup>

In der bisherigen Rechtsprechung hat das BAG entschieden, dass weder bei nicht vorübergehender ANÜ<sup>55</sup> noch bei verdeckter ANÜ<sup>56</sup> ein Arbeitsverhältnis zum Entleiher fingiert wird, wenn der Verleiher eine Überlassungserlaubnis besitzt. Dies liegt daran, dass für diese Fälle eine Fiktion im AÜG nicht vorgesehen war und daher kein Anhaltspunkt vorhanden war. Dies wurde nun geändert. Daher ist dies meiner Ansicht nach ein gutes Mittel, um Missbrauch durch verdeckte ANÜ oder jahrelange Überlassungen zu verhindern. Hierdurch wird die Vorratsverleiherlaubnis

---

<sup>54</sup> Vgl. BT-Drs. 18/9232 S.25-26.

<sup>55</sup> BAG vom 10. Dezember 2013, 9 AZR 51/13, Rn.17, juris.

<sup>56</sup> BAG vom 12. Juli 2016, 9 AZR 352/15, Rn.15, juris.

abgeschafft, d. h., dass man sich zur Absicherung eine Überlassungserlaubnis einholt und dadurch keine Fiktion greift. Diese Regelung ist meiner Auffassung nach auch nicht zu streng, da Unternehmen, die absichtlich ANÜ als Werkverträge deklarieren, aufgeschreckt werden müssen, um sie zu gesetzeskonformem Verhalten zu bewegen.

Wenn man nun die Fälle betrachtet, in denen zunächst ein Werkvertrag vorlag, der AG alle Voraussetzungen sowie die Umgebung dafür geschaffen hat, aber es sich während der Durchführung zu ANÜ entwickelt hat, ist es für diese Unternehmen schwer zu verstehen, warum solche Sanktionen ohne Rechtfertigungsmöglichkeit eintreten sollen.<sup>57</sup>

Meiner Ansicht nach würden Ausnahmen von der Fiktion dazu führen, dass die Regelung zu kompliziert wird. Deswegen sollten Unternehmen die eigenen Mitarbeiter, die in Kontakt zu den Werkarbeitnehmern stehen, regelmäßig schulen und über die möglichen Folgen eines Fehlverhaltens aufklären. Der Entleiher wird dadurch gezwungen, Fremdpersonal mit Sorgfalt einzusetzen. Unter der Kernfunktion der Leiharbeit wird verstanden, dass Leiharbeit vorübergehend zum Ausgleich von Personalengpässen oder Auftragsspitzen genutzt wird. Wenn man dies annimmt, muss nicht vorübergehende ANÜ auch sanktioniert werden. Um deutliche Grenzen zu setzen, ist die Fiktion eines Arbeitsverhältnisses zum Entleiher bei Überschreiten der Überlassungshöchstdauer angemessen.

Der Koalitionsvertrag sieht vor, verdeckte ANÜ zu sanktionieren. Dies wurde eindeutig umgesetzt. Die Sanktionierung der überschrittenen Überlassungshöchstdauer steht zwar nicht im Koalitionsvertrag, ist aber aufgrund der Rechtsprechung eine erwünschte Regelung.

Falls ein LAN entgegen der Regelung von § 1 Abs.1 S.3 AÜG von einer anderen Person als dem AG überlassen wird, greift § 10a. Wenn der

---

<sup>57</sup> Vgl. Experteninterview mit Herrn Merkel vom 19.01.2017 S.1.

Zweitverleiher keine Erlaubnis hat, die Überlassung verdeckt durchgeführt wird oder die Überlassungshöchstdauer überschritten wird, gelten § 9 Abs.1 Nr.1-1b und § 10 analog. Auch hier wird das Arbeitsverhältnis zum Erstverleiher unwirksam wird und ein Arbeitsverhältnis zum Entleiher entsteht.

Dadurch soll gewährleistet werden, dass § 9 und § 10 nicht umgangen werden können, indem ein drittes Unternehmen ohne arbeitsvertraglichen Bezug zum LAN zwischengeschoben wird. Das Arbeitsverhältnis wird dann mit dem Unternehmen fingiert, bei dem der LAN tatsächlich arbeitet.<sup>58</sup>

Meiner Ansicht nach ist diese Regelung wichtig, damit Sanktionen nicht umgangen werden können und der § 1 Abs.1 S.3 bekräftigt wird.

§ 16 Abs.1 AÜG beschreibt 28 mögliche Ordnungswidrigkeiten. Im Nachfolgenden werden die neuen Regelungen und von den bisherigen die wichtigsten genannt. Demnach handelt ordnungswidrig, wer einen LAN ohne Erlaubnis überlasst oder parallel dazu einen LAN von einem Verleiher ohne Erlaubnis beschäftigt. Des Weiteren handelt ordnungswidrig, wer einen LAN überlasst oder tätig werden lässt, ohne dass zwischen dem Verleiher und LAN ein Arbeitsvertrag besteht. Ebenfalls ordnungswidrig ist es, wenn die Überlassung oder der zu überlassende LAN nicht, nicht richtig oder nicht rechtzeitig konkretisiert wird. Geahndet wird auch, wer einen LAN über die Überlassungshöchstdauer hinaus überlasst. Des Weiteren handelt ein Verleiher ordnungswidrig, wenn er dem LAN nicht die gleichen Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgeltes eines vergleichbaren AN gewährt oder nicht das Mindestentgelt für Zeiten der Überlassung und auch für überlassungsfreie Zeiten zahlt. Zudem handelt man ordnungswidrig, wenn man einen LAN in seinem Betrieb tätig werden lässt, obwohl dieser durch einen Arbeitskampf betroffen ist.

---

<sup>58</sup> Vgl. BT-Drs. 18/9232, S. 27.

Abs.2 bestimmt die Höhe der Geldbuße. Dabei können Geldbußen je nach Vergehen von bis zu 1.000 Euro bis hin zu 500.000 Euro reichen. Beispielsweise kann man bei einem Verstoß gegen die Überlassungshöchstdauer mit einer Geldbuße von bis zu 30.000 Euro oder bei Nichtgewährung der gleichwertigen Arbeitsbedingungen mit bis zu 500.000 Euro gestraft werden.

Bei den neuen Ordnungswidrigkeiten handelt es sich um Folgeänderungen aufgrund der neu eingeführten Vorschriften. Selbstverständlich müssen Regelungen auch Konsequenzen in Form von Geldbußen nach sich ziehen, damit diese ihre Wirkung zeigen und Unternehmen die Vergehen „spüren“. Wenn ein LAN Streikbrechertätigkeiten übernimmt ist es meiner Ansicht nach berechtigt, dass nur der Entleiher geahndet wird, da der Verleiher nicht immer wissen kann, dass vor Ort gestreikt wird.

#### **4.3.7 Widerspruchsrecht gegen neues Arbeitsverhältnis**

In manchen Konstellationen wurde dem LAN ein Widerspruchsrecht gegen die Unwirksamkeit des Vertrages eingeräumt, die sogenannte Festhaltungserklärung. Der Vertrag zwischen Verleiher und LAN wird nach § 9 Abs.1 Nr.1 AÜG nicht unwirksam, weil der Verleiher keine Überlassungserlaubnis hat, wenn der LAN schriftlich bis zum Ablauf eines Monats nach vorgesehenem Überlassungsbeginn gegenüber dem Entleiher oder Verleiher darlegt, dass er an dem Arbeitsvertrag mit dem Verleiher festhält. Wenn die Unwirksamkeit erst nach Beginn der Überlassung eintritt, ist dieser Zeitpunkt für die Berechnung der Frist maßgebend. Wird der Arbeitsvertrag zwischen Verleiher und LAN unwirksam, weil die ANÜ nicht eindeutig als solche bezeichnet wurde und der LAN nicht konkretisiert wurde, kann auch hier der LAN eine Festhaltungserklärung abgeben. Diese muss schriftlich bis zum Ablauf eines Monats nach dem vorgesehenen Überlassungsbeginn bei dem Verleiher oder Entleiher abgegeben werden. Auch in dem Fall, wenn die Überlassungshöchstdauer überschritten wird, kann der LAN gegenüber dem Verleiher oder Entleiher erklären, dass er an



dem Arbeitsvertrag mit dem Verleiher festhalten möchte. Diese Erklärung kann er nur bis zum Ablauf eines Monats nach Überschreiten der Überlassungshöchstdauer abgeben. Die Festhaltungserklärung ist nach Abs.2 nur wirksam, wenn der LAN diese vor der Abgabe persönlich bei einer Agentur für Arbeit vorzeigt. Die Agentur für Arbeit muss auf der Erklärung das Tagesdatum der Vorlage eintragen sowie die Identität des LAN bestätigen. Anschließend muss der LAN die Erklärung spätestens am dritten Tag nach Vorlage bei der Agentur für Arbeit beim Entleiher oder Verleiher vorgelegen. Nach Abs.3 kann die Erklärung nicht vor einer der genannten Fristen abgegeben werden. Wird die Überlassung nach Abgabe der Festhaltungserklärung weitergeführt, gilt wieder § 9 Abs.1 Nr.1-1b und eine erneute Erklärung ist nicht mehr möglich.

Diese Festhaltungserklärung wurde eingeführt, um dem LAN die Möglichkeit zu geben, an dem Arbeitsvertrag mit seinem Verleiher festzuhalten. Dadurch soll die Berufsfreiheit des LAN nach Art. 12 GG geschützt werden. Außerdem nennt die Bundesregierungen Konstellationen, in denen es für den LAN vorteilhafter ist, den Verleiher als AG zu behalten. Beispielsweise wenn nur der Verleiher unter den Geltungsbereich des § 23 Abs.1 KSchG fällt, aber der Entleiher nicht oder wenn der Entleiher wirtschaftliche Schwierigkeiten hat.<sup>59</sup> Abs.2 soll verhindern, dass der LAN eine Erklärung unterschreibt, bei der nachträglich ein anderes Datum eingetragen wird. Damit die Erklärung nicht zur Sicherheit auf Vorrat bei der Agentur für Arbeit bestätigt wird, muss sie danach spätestens am dritten Tag bei Verleiher oder Entleiher abgegeben werden. Dafür ist der LAN selbst zuständig. Die Datumsangabe der Agentur für Arbeit ersetzt nicht die Einhaltung der Monatsfrist. Durch Abs.3 wird verdeutlicht, dass eine illegale ANÜ weder für die Zukunft noch für die Vergangenheit durch eine Festhaltungserklärung legalisiert werden kann.<sup>60</sup>

---

<sup>59</sup> Vgl. BT-Drs. 18/9232 S.25.

<sup>60</sup> Vgl. BT-Drs. 18/10064 S.16.

Meiner Ansicht nach ist die Festhaltungserklärung grundsätzlich eine gute Idee, da nicht jeder LAN an einem Arbeitsvertrag mit seinem Entleiher interessiert ist, z.B. wenn der Betrieb des Entleihers insolvent ist. Die Ausgestaltung dieser Erklärung birgt aber einige Probleme. Zunächst ist der Beginn der Monatsfrist nur bei der Überlassungshöchstdauer eindeutig, nämlich ab der Überschreitung. Manchmal unterscheiden sich der vorgesehene Zeitpunkt der Überlassung und der tatsächliche Beginn. Wenn dann die Überlassung tatsächlich beginnt, kann es sein, dass die Frist schon abgelaufen ist. Zudem kann es in Fällen sein, in denen es sich zunächst um einen Werkvertrag handelte und dann zu einer ANÜ umgeschlagen ist, dass der LAN dies nicht bemerkt hat und die Monatsfrist schon abgelaufen ist. Der Gang zur Agentur für Arbeit kann für viele eine Hürde darstellen, da dieser Schritt zeitintensiv sein kann. Jedoch ist diese Regelung erforderlich, damit Verleiher und Entleiher sich nicht schon vor Beginn der ANÜ Erklärungen zur Sicherheit ausstellen lassen, obwohl der LAN dies vielleicht nicht möchte. Insgesamt werden missbräuchliche Verwendungen der Festhaltungserklärung ausgeschlossen und der LAN wird in seinem Recht auf Berufsfreiheit nicht eingeschränkt, daher ist diese Regelung meiner Ansicht nach positiv zu bewerten.

#### **4.3.8 Kein Einsatz als Streikbrecher**

Gem. § 11 Abs.5 S.1 AÜG darf der Entleiher einen LAN nicht in seinem Betrieb beschäftigen, wenn dieser sich in einem Arbeitskampf befindet. Ausnahmen sind durch S.2 möglich. Demnach darf der LAN trotz Arbeitskampf tätig werden, wenn der Entleiher zwei Bedingungen sicherstellt. Zum einen, dass der LAN keine Tätigkeit übernimmt, die bisher von einem AN, der sich im Arbeitskampf befindet, erledigt wird oder zum anderen keine Tätigkeit von einem AN übernimmt, der eine Tätigkeit von einem anderen AN übernommen hat, welcher sich im Arbeitskampf befindet. S.3 berechtigt den LAN, die Arbeit bei einem Entleiher zu verweigern, wenn dieser sich im Arbeitskampf befindet. Der Verleiher muss ihn nach S.4 auch auf dieses Leistungsverweigerungsrecht hinweisen.

Bisher hatten LAN bereits ein Leistungsverweigerungsrecht. Trotzdem wurden LAN in der Vergangenheit häufig als Streikbrecher eingesetzt. Dabei wurden sie unter Druck gesetzt, damit sie nicht von ihrem Recht Gebrauch machten. In der Hoffnung, vom Entleiher nach dem Einsatz übernommen zu werden, haben sie die Tätigkeit während des Arbeitskampfes aufgenommen. Ein tarifvertragliches Einsatzverbot konnte sich in der Praxis nicht wirksam durchsetzen. Außerdem galt dieses Verbot nicht für ins Inland entsandte LAN von Verleihern aus dem Ausland. Deshalb wurden auch oft ausländische Mitarbeiter als Streikbrecher eingesetzt. Aufgrund dessen ist das bisherige Leistungsverweigerungsrecht nicht mehr ausreichend und wurde erweitert. Durch das Verbot wird die tarifvertragliche Regelung gesetzlich festgesetzt. Es gilt unabhängig davon, ob LAN ihr Leistungsverweigerungsrecht in Anspruch nehmen. Dadurch soll die Stellung der LAN gestärkt werden und verhindert werden, dass durch Leiharbeit Arbeitskämpfe beeinflusst werden. Das Verbot gilt sowohl für LAN, die nach Arbeitskampfbeginn überlassen werden, als auch für LAN, die schon zuvor tätig wurden, sofern diese Streikbrechertätigkeiten ausüben. Das bedeutet, dass LAN, die vor Beginn des Arbeitskampfes tätig waren, ihre bisherige Tätigkeit fortsetzen können. LAN können auch während des Arbeitskampfes eingesetzt werden, wenn sich die vorgesehene Tätigkeit außerhalb des Arbeitskampfes befindet. Wenn dies der Fall ist, kann der LAN immer noch sein Leistungsverweigerungsrecht in Anspruch nehmen. Deswegen hat dieses Recht immer noch Bedeutung. Nicht zur Anwendung kommt das Verbot bei Notdienstarbeiten oder bei Fällen des § 1 Abs.3 AÜG.<sup>61</sup>

Hier stellt sich die Frage, ob durch das Einsatzverbot nicht zu sehr in den Arbeitskampf eingegriffen wird. Es wird die Streikwirkung der Gewerkschaften gestärkt, daher könnte ein Ungleichgewicht entstehen.<sup>62</sup>

---

<sup>61</sup> Vgl. BT-Drs. 18/9232 S.27-28.

<sup>62</sup> Vgl. Experteninterview mit Herrn Merkel vom 19. Januar 2017, S.4.

Außerdem ist zu bedenken, dass der Arbeitskampf im Betrieb des Entleihers Auswirkungen auf den Verleiher haben kann, da er in diesem Fall für seinen LAN eine neue Einsatzmöglichkeit finden muss oder darauf achten muss, dass der LAN nach dem Arbeitskampf die freie Zeit durch Mehrarbeit ausgleicht. Auch der LAN wird eingeschränkt, da er keine Wahl hat. Wenn er als Streikbrecher eingesetzt werden sollte, dann darf er nicht arbeiten. Deshalb ist die Ausnahme, dass LAN trotzdem arbeiten dürfen, wenn sie Abseits des Arbeitskampfes tätig werden, für mein Empfinden wichtig. Dass LAN, die vor dem Arbeitskampf schon tätig waren und ihre bisherigen Tätigkeiten fortführen, von dem Verbot ausgenommen sind, ist meiner Ansicht nach eine unabdingbare Regelung. Wenn LAN dieselbe Tätigkeit wie bisher ausführen, dann können sie gar nicht als Streikbrecher tätig sein. Trotzdem hat diese Regelung auch einen Vorteil: der Druck auf LAN, trotz Streik zu arbeiten und so der Stammebelegschaft, mit der sie täglich zusammenarbeiten, in den Rücken zu fallen, ist hierdurch genommen. Schließlich können LAN auch von Entgelterhöhungen profitieren. Deshalb ermöglicht diese Regelung den LAN, sich solidarisch gegenüber der Stammebelegschaft zu verhalten.

Im Koalitionsvertrag wurde eindeutig vereinbart, dass LAN nicht mehr als Streikbrecher eingesetzt werden. Damit wurde dieses Ziel umgesetzt.

#### **4.3.9 Mitberechnung der Leiharbeitnehmer**

In § 14 Abs.2 S.1-2 AÜG ist geregelt, dass LAN bei der Wahl der Arbeitnehmervertretung in den Aufsichtsrat im Entleihunternehmen und bei der betriebsverfassungsrechtlichen Arbeitnehmervertretung im Entleihbetrieb nicht wählbar sind, aber dennoch berechtigt sind, die Sprechstunden der Arbeitnehmervertretung zu nutzen und an den Betriebs- und Jugendversammlungen im Entleihbetrieb teilzunehmen.

In diesem Abs.2 wurden die S.4-6 neu eingefügt. Durch S.4 wird bestimmt, dass LAN im Entleihbetrieb zu berücksichtigen sind, wenn Regelungen des Betriebsverfassungsgesetzes mit Ausnahme des § 112a, des

Europäischen-Betriebsräte-Gesetzes oder durch die jeweiligen Gesetze erlassenen Wahlordnungen von einer bestimmten Anzahl oder einem bestimmten Anteil an AN ausgehen. Dies gilt auch gem. S.5 bei Bestimmungen des Mitbestimmungsgesetzes, des Montan-Mitbestimmungsgesetzes, des Mitbestimmungsergänzungsgesetzes, des Drittelbeteiligungsgesetzes, des Gesetzes über die Mitbestimmung der AN bei einer grenzüberschreitenden Verschmelzung des SE- und des SCE-Beteiligungsgesetzes oder der durch die jeweiligen Gesetze erlassenen Wahlordnungen beim Entleihunternehmen. S.5 wird durch S.6 insoweit eingeschränkt, dass LAN im Entleihunternehmen nur zu berücksichtigen sind, wenn die Einsatzdauer sechs Monate überschreitet. Gem. § 14 Abs.3 muss auch bisher der Betriebsrat des Entleihbetriebes vor dem Einsatz eines LAN nach § 99 BetrVG hinzugezogen werden.

Der S.4 wurde eingeführt, weil LAN auch in gewissem Maße in den Aufgabenbereich des Entleihbetriebsrates fallen. Somit sollen diese auch bei betriebsverfassungsrechtlichen Schwellenwerten berücksichtigt werden, sofern dies dem Sinn und Zweck der jeweiligen Vorschrift entspricht. Hiermit wird die Rechtsprechung des BAG gesetzlich festgelegt. Dabei soll bei jedem Schwellenwert einzeln geprüft werden, ob LAN mitzuzählen sind. Die Vorschriften des BetrVG und der Wahlverordnungen bei Schwellenwerten schließen grundsätzlich nach ihrem Zweck LAN ein. Betriebsverfassungsrechtliche Schwellenwerte gibt es auch im Europäischen-Betriebsräte-Gesetz. Dort sollen LAN mitzählen, da durch die Entscheidungen des Europäischen Betriebsrates oder dessen Ausschuss auch LAN betroffen sein können.

Durch die Klarstellung, bei welchen betriebsverfassungsrechtlichen Schwellenwerten LAN im Entleihbetrieb mitzählen, soll Rechtssicherheit geschaffen werden und dem Betriebsrat soll bei seiner Tätigkeit Erleichterung verschafft werden. Schließlich dürfen LAN im Entleihbetrieb auch den Betriebsrat wählen, deshalb sollen sie auch bei organisatorischen oder wahlbezogenen Schwellenwerten mitzählen. Dies gilt auch bei den

materiellen Beteiligungsrechten. Dass LAN grundsätzlich mitzuzählen sind bedeutet aber nicht, dass auch die anderen Voraussetzungen der jeweiligen Vorschrift als erfüllt gelten. Auch diese müssen dann im Einzelfall beim LAN wie beim Stammbeschäftigten geprüft werden. Durch S.5 wird verdeutlicht, dass LAN auch bei der Mitbestimmung im Entleiherunternehmen mitzuzählen sind. Die Mitberechnung der LAN in der Unternehmensmitbestimmung wird durch den Grundsatz der Parallelität zum Betriebsverfassungsrecht und die Rechtsprechung des BAG begründet. Da die Beschlüsse des Aufsichtsrates, z.B. bei Standortverlegungen, auch für LAN Bedeutung haben, sollen diese ebenso wie die Stammarbeitnehmer bei der Unternehmensmitbestimmung mitzählen. Dies stimmt auch mit dem Zweck der jeweiligen Regelung überein. Soweit Regelungen mit europäischem Ursprung Schwellenwerte für die Unternehmensmitbestimmung enthalten, sind LAN ebenfalls mitzuzählen.<sup>63</sup>

Meiner Ansicht nach ist es verständlich, dass LAN auch mitzählen sollen, wenn sie im Entleihbetrieb sogar den Betriebsrat wählen dürfen. Die Regelung schreibt die neuere Rechtsprechung des BAG nieder und schafft Rechtssicherheit, da LAN künftig bei Schwellenwerten der betrieblichen und unternehmerischen Mitbestimmung grundsätzlich mitzählen. Kritik kann man an der Einschränkung bei der Unternehmensmitbestimmung sehen. LAN zählen nur mit, wenn sie mehr als sechs Monate eingesetzt werden. Hier handelt es sich um eine arbeitnehmerbezogene Betrachtung. Wenn z.B. alle sechs Monate auf demselben Arbeitsplatz ein neuer LAN eingesetzt wird, dann wird der Arbeitsplatz zwar durchgehend mit LAN besetzt, zählt aber bei der Berechnung der Schwellenwerte nicht mit.

Im Koalitionsvertrag ist nur die Mitberechnung bei der betriebsverfassungsrechtlichen Mitbestimmung vorgesehen. Da die Mitberechnung bei der unternehmerischen Mitbestimmung aber der Rechtsprechung des BAG entspricht, ist es gut, dass beides gesetzlich geregelt wurde.

---

<sup>63</sup> Vgl. BT-Drs. 18/9232 S.29-30.

#### **4.4 Bürgerliches Gesetzbuch**

Im BGB wurde mit dem neu eingeführten § 611a der Arbeitsvertrag definiert. Nach Abs.1 S.1 wird der AN durch den Arbeitsvertrag an die Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit im Dienste eines anderen gebunden. S.2 besagt, dass das Weisungsrecht Inhalt, Durchführung, Zeit und Ort der Tätigkeit umfassen kann. Durch S.3 wird ausgeführt, dass weisungsgebunden ist, wer nicht im Wesentlichen seine Tätigkeit frei gestalten kann und seine Arbeitszeit nicht selbst bestimmen kann. Gem. S.4 ist beim Grad der persönlichen Abhängigkeit die Eigenart der jeweiligen Tätigkeit zu berücksichtigen. S.5-6 stellen klar, dass für die Feststellung eines Arbeitsvertrages eine Gesamtbetrachtung aller Umstände vorzunehmen ist und dass es auf die Bezeichnung im Vertrag nicht ankommt, wenn es sich bei der tatsächlichen Durchführung um einen Arbeitsvertrag handelt. Abs.2 verpflichtet den AG zur Zahlung der vereinbarten Vergütung.

Der AN wird als Vertragspartei des Arbeitsvertrages definiert. Dazu werden die Leitsätze der höchstrichterlichen Rechtsprechung niedergeschrieben. Ziel dieser Regelung ist es, missbräuchliche Konstruktionen des Fremdpersonaleinsatzes durch scheinbare selbständige Tätigkeiten zu unterbinden und die Rechtssicherheit der Verträge zu bestärken. Die S.1-4 spiegeln die ständige Rechtsprechung wider. Die Gesamtbetrachtung nach S.5 wurde ebenfalls aus der Rechtsprechung des BAG übernommen, da hierdurch die in S.4 angesprochenen Besonderheiten in Einzelfällen besser beurteilt werden können. Unter diesen Besonderheiten sind die durch das Grundgesetz geschützten Werte gemeint, z.B. die Rundfunk-, Presse-, oder Kunstfreiheit. S.6 stellt klar, dass immer die tatsächliche Durchführung maßgebend ist und entspricht auch der Rechtsprechung des BAG.<sup>64</sup> Der Abs.2 wurde lediglich zur Vervollständigung miteinbezogen.<sup>65</sup>

---

<sup>64</sup> Vgl. BT-Drs. 18/9232 S.31-32.

<sup>65</sup> Vgl. BT-Drs. 18/10064 S.17.

Meiner Ansicht nach ist es erfreulich, dass durch die Regelung der Arbeitsvertrag und der Arbeitnehmerbegriff gesetzlich definiert wird. Ob dadurch die Abgrenzung von einer abhängigen Beschäftigung als LAN zu einer selbständigen Tätigkeit im Rahmen eines Werkvertrages ermöglicht wird, ist fraglich. Diese Definition gab es bereits durch die Rechtsprechung und dadurch hätte die Abgrenzung bisher schon möglich sein müssen.

Gut ist, dass wie bei § 12 Abs.1 S.2 AÜG die tatsächliche Durchführung des Vertrages maßgebend ist und auch wie bei der Definition der ANÜ eine Gesamtbetrachtung durchzuführen ist.

Die im Koalitionsvertrag vorgegebenen Abgrenzungskriterien zwischen legaler und illegaler Verwendung von Fremdpersonal werden dadurch nicht umgesetzt.

#### **4.5 Betriebsverfassungsgesetz**

Im BetrVG wurden § 80 und § 92 inhaltlich verändert, bei § 78 und § 119 handelt es sich um eine Folgeänderung des § 80.

In § 80 Abs.1 werden die allgemeinen Aufgaben des Betriebsrates unverändert aufgeführt. In Abs.2 S.1 wurde die Unterrichtungspflicht des AG, den Betriebsrat rechtzeitig und umfassend über eine Beschäftigung von Personen, die nicht in einem Arbeitsverhältnis zum AG stehen zu informieren, erweitert. Der Betriebsrat muss nun insbesondere über den zeitlichen Umfang, den Einsatzort und die Arbeitsaufgaben dieser Personen informiert werden. Außerdem wurde nach S.2 eingefügt, dass dem Betriebsrat auch die Verträge, die mit den in S.1 genannten Personen geschlossen wurden, zur Verfügung gestellt werden müssen. Gem. § 92 Abs.1 S.1 wird der AG verpflichtet, den Betriebsrat über die gegenwärtige und künftige Personalplanung zu informieren, einschließlich der geplanten Beschäftigungen mit Personen, die nicht im Arbeitsverhältnis mit dem AG stehen.



Durch die Erweiterungen in § 80 Abs.2 soll das bereits bestehende Unterrichtsrecht des Betriebsrates verdeutlicht werden, damit der vorgesehene Zweck erreicht wird. Der Zweck ist, dass der Betriebsrat eigenständig prüfen kann, ob sich daraus Aufgaben ergeben und ob er tätig werden muss. Dazu werden die von der Rechtsprechung ausgearbeiteten Informationen festgesetzt. Der AG muss aber nicht über Personen, die nur kurzfristig im Betrieb tätig werden, z. B. Handwerker für eine Reparatur, informieren. Die Ergänzung in § 92 Abs.1 S.1 wurde eingeführt, da laut der Rechtsprechung Personalplanung auch die Entscheidung bedeutet, ob Aufgaben mit eigenen AN, durch LAN oder durch Dienst- oder Werkverträge ausgeführt werden. Daher muss der Betriebsrat auch über den geplanten Einsatz von Personen, die nicht im Arbeitsverhältnis mit dem AG stehen, informiert werden.<sup>66</sup>

Der Betriebsrat muss bisher bereits über den Einsatz von Fremdpersonal informiert werden. Dies wird nun konkretisiert durch eindeutige Informationen, die der Betriebsrat erhalten muss. Darüber hinaus muss nun auch über zukünftig geplante Einsätze von Personen, die nicht im Arbeitsverhältnis mit dem AG stehen, insbesondere LAN oder AN, die im Rahmen eines Dienst- oder Werkvertrages tätig werden, informiert werden. Dadurch werden die Rechte des Betriebsrates beim Entleiher gestärkt und dieser kann selbst prüfen, ob die richtige Vertragskonstellation gewählt wurde. Daher ist diese Regelung meiner Ansicht nach zu begrüßen.

Der Koalitionsvertrag sieht vor, die Informations- und Unterrichtsrechte des Betriebsrats sicherzustellen und zu konkretisieren. Genau dies wurde umgesetzt, aber mehr auch nicht.

---

<sup>66</sup> Vgl. BT-Drs. 18/9232 S.32.

## 5 Sichtweisen der Interessenverbände

Hier werden die Sichtweisen von Interessenverbände in der Leiharbeitsbranche bzw. die durch die Regelung betroffenen Verbände zum Gesetz dargestellt.

### 5.1 Der Deutsche Gewerkschaftsbund

Der Deutsche Gewerkschaftsbund ist ein Dachverband für die beigetretenen Gewerkschaften. Er vertritt die Gewerkschaften gegenüber den politischen Entscheidungsträgern, Parteien und Verbänden in Bund, Ländern und Gemeinden. Der Dachverband an sich schließt keine Tarifverträge ab, sondern die Mitgliedsgewerkschaften selbst.<sup>67</sup> Zum DGB gehören acht Mitgliedsgewerkschaften, z.B. die IG Metall und ver.di.<sup>68</sup>

Der DGB und dessen Mitgliedsgewerkschaften begrüßen grundsätzlich jede Handlung des Gesetzgebers, die den Missbrauch bei Leiharbeit und Werk– oder Dienstverträgen unterbindet. Kritisiert wird, dass keine konkreten Abgrenzungskriterien eines Arbeitsverhältnisses eingeführt wurden. Durch die Regelung im BGB wird der Missbrauch von Werk– und Dienstverträgen nicht wirksamer verhindert als bisher. Die Festlegung einer Überlassungshöchstdauer, der Anspruch auf Equal Pay nach neun Monaten und die Abschaffung der Vorratsverleiherlaubnis bei verdeckter ANÜ schaffen Transparenz und werden als eine Verbesserung angesehen. Explizit gelobt wird das Verbot, LAN als Streikbrecher einzusetzen. Dadurch wird die in den Tarifverträgen der Leiharbeitsbranche bereits vorhandene Vorschrift auch für aus dem Ausland entlehene LAN umgesetzt. Als richtig angesehen wird auch die Fiktion eines Arbeitsverhältnisses zum Entleiher, wenn die Überlassungshöchstdauer überschritten wird oder bei verdeckter ANÜ. Das gesetzliche Verbot der Kettenleihe wird begrüßt, aber dem DBG fehlt eine Fiktion bei einem Verstoß gegen dieses Verbot. Bei der Überlassungshöchstdauer wird kritisiert, dass diese arbeitnehmerbezogen gestaltet wurde. LAN können vor Überschreiten der Überlassungs-

---

<sup>67</sup> Vgl. Deutscher Gewerkschaftsbund, DGB heute, S.1-2.

<sup>68</sup> Vgl. Deutscher Gewerkschaftsbund, Gewerkschaften im DGB.

höchstdauer ausgetauscht werden und es bleibt weiterhin möglich, einen Arbeitsplatz durchgehend mit LAN zu besetzen. Die Vermutungsregelung bei Equal Pay wird abgelehnt. Es ist nicht ausreichend, Equal Pay auf den tariflichen Stundenlohn zu begrenzen. Aber ohne diese Vermutung ist Equal Pay nach neun Monaten ein guter Ansatz. Dabei sollten aber alle Einsatzzeiten eines LAN bei allen Entleihern zusammengezählt werden. Die Öffnung der stufenweisen Heranführung für nichttarifgebundene Unternehmen wird abgelehnt. Zuletzt wird erklärt, dass nur die Konkretisierung der bereits bestehender Unterrichtsrechte nicht genügt. Die Berücksichtigung der LAN bei Schwellenwerten ist aber richtig und stärke die Arbeit der Betriebs- und Aufsichtsräte.<sup>69</sup>

## **5.2 Der Interessenverband Deutscher Zeitarbeitsunternehmen e.V.**

Der Interessenverband Deutscher Zeitarbeitsunternehmen ist ein Arbeitgeberverband der Zeitarbeitsbranche. Mit 3.200 Mitgliedsunternehmen ist der iGZ der mitgliederstärkste Arbeitgeberverband der Zeitarbeitsbranche. Der iGZ verhandelt für seine Mitglieder tarifliche Vereinbarungen wie z.B. mit dem DGB.<sup>70</sup>

Der iGZ kritisiert die fehlende Definition von Equal Pay. Beim Arbeitsentgelt sind tarifliche, betriebliche und individuelle Vergütungsbestandteile sowie Sachleistungen zu berücksichtigen. Dadurch müssen die Verleihunternehmen bei jedem Entleihunternehmen genau ermitteln, wie sich das Arbeitsentgelt dort zusammensetzt. Außerdem gibt es auch branchenabhängige Vergütungsbestandteile und Unternehmen verleihen nicht nur in eine Branche. Deshalb wird beanstandet, dass von den Verleihunternehmen verlangt wird, sich „zu Entgeltexperten für eine Vielzahl von Branchen“<sup>71</sup> fortzubilden. Der iGZ spricht sich für die Legaldefinition von Equal Pay als Bruttostundenentgelt mit Zuschlägen und

---

<sup>69</sup> Vgl. Deutscher Gewerkschaftsbund, Stellungnahme zum Kabinettsbeschluss zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des AÜG und anderer Gesetze vom 06.07.2016, S.1-5.

<sup>70</sup> Vgl. Interessenverband Deutscher Zeitarbeitsunternehmen e.V., Porträt.

<sup>71</sup> Interessenverband Deutscher Zeitarbeitsunternehmen e.V., Schriftliche Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen in Berlin, 4. Oktober 2016, S.4.

Zulagen aus. Die Anordnung der Auszahlung von Sachleistungen wird kritisiert. Es ist schwierig zu definieren, welcher Geldwert angesetzt werden soll, um z.B. vergünstigte Tankmöglichkeit zu kompensieren. Die Tariföffnungsklausel bei der Überlassungshöchstdauer wird zwar grundsätzlich begrüßt, für den iGZ ist es aber nicht nachvollziehbar, warum dies nur für Tarifvertragsparteien der Einsatzbranche möglich ist, nicht aber für Tarifvertragsparteien der Zeitarbeitsbranche.<sup>72</sup> Daher fordert der iGZ zumindest die Öffnung, dass wenn kein Tarifvertrag in der Einsatzbranche vorhanden ist, in einem Tarifvertrag der Zeitarbeitsbranche eine abweichende Überlassungshöchstdauer vereinbart werden kann.<sup>73</sup> Bezüglich der Sanktionen wird bemängelt, dass diese in einigen Fällen zu streng sind. Bei Equal Pay gibt es keine genaue Definition, trotzdem soll bei einem Verstoß die Verleiherlaubnis entzogen werden und ein Bußgeld von bis zu 500.000 € anfallen. Dies ist existenzgefährdend. Bei der Überlassungshöchstdauer fällt neben dem Entzug der Erlaubnis und einem Bußgeld bis zu 30.000€ auch noch die Fiktion eines Arbeitsverhältnisses zum Entleiher an. Diese Sanktionen empfindet der iGZ zur Einhaltung von gesetzlich Regelungen als zu hoch und ebenfalls existenzgefährdend. Deshalb sollte erst bei einem wiederholten Verstoß gegen Equal Pay oder der Überlassungshöchstdauer die Erlaubnis entzogen werden und das Bußgeld herabgesetzt werden. Zudem ist die Konkretisierung des LAN in der Praxis nicht immer möglich, z.B., wenn der vorgesehene LAN kurzfristig krank wird und deshalb ein anderer LAN eingesetzt wird.<sup>74</sup>

---

<sup>72</sup> Vgl. Interessenverband Deutscher Zeitarbeitsunternehmen e.V., Schriftliche Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen in Berlin, 4. Oktober 2016, S.4-5.

<sup>73</sup> Vgl. Interessenverband Deutscher Zeitarbeitsunternehmen e.V., Schriftliche Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen in Berlin, 4. Oktober 2016, S.10.

<sup>74</sup> Vgl. Interessenverband Deutscher Zeitarbeitsunternehmen e.V., Schriftliche Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen in Berlin, 4. Oktober 2016, S.6-7.

### **5.3 Der Bundesarbeitgeberverband der Personaldienstleister e.V.**

Der Bundesarbeitgeberverband der Personaldienstleister e.V. ist ebenfalls ein Arbeitgeberverband der Zeitarbeitsbranche und hat 2.000 Mitglieder.

2011 haben sich der Arbeitgeberverband Mittelständischer Personaldienstleister (AMP) und der Bundesverband Zeitarbeit Personal-Dienstleistungen (BZA) zum BAP fusioniert.<sup>75</sup>

Grundsätzlich lehnt der BAP die Regelungen zu Equal Pay und zur Überlassungshöchstdauer ab. Die Formulierung von Equal Pay sorgt in der Praxis für Rechtsunsicherheit. Deshalb spricht sich auch der BAP für Equal Pay als Bruttostundenentgelt mit Zuschlägen und Zulagen aus. Die Regelung der Branchenzuschlagstarifverträge wird begrüßt, da so unter bestimmten Voraussetzungen vom Equal Pay abgewichen werden kann.<sup>76</sup>

Zudem wird befürwortet, dass das bisherige System der Branchenzuschläge erhalten bleibt und ausgebaut werden kann. In Branchen, in denen es noch Lohndifferenzen gibt, können diese hierdurch ausgeglichen werden. Somit ist dies eine rechtssichere Regelung zum Equal Pay.<sup>77</sup> Außerdem sollte die Vermutungsregelung zum Equal Pay zu einer unwiderlegbaren Vermutung abgeändert werden, um Rechtssicherheit herzustellen. Für Verleihunternehmen kann es zu erheblichen Nachzahlungen kommen, wenn LAN nachweisen, dass vergleichbare Stammarbeitnehmer mehr verdienen. Daraus können auch Nachzahlungen für Sozialversicherungsbeiträge resultieren.<sup>78</sup>

Dass die Vertragsparteien der Zeitarbeitsbranche keine abweichenden Regelungen zur Überlassungshöchstdauer treffen dürfen, wird stark kritisiert. Auch der BAP verlangt zumindest die Regelung, dass die Vertragsparteien der Zeitarbeitsbranche abweichende Regelungen im Tarifvertrag treffen dürfen, wenn in der Einsatzbranche keine existieren. Es wird gefordert, die Sanktionen nur bei Vorsatz und wiederholtem Vergehen

---

<sup>75</sup> Vgl. Bundesarbeitgeberverband der Personaldienstleister e.V., der BAP im Überblick, S.1.

<sup>76</sup> Vgl. BT-Ausschussdr. 18(11)761neu, S.131.

<sup>77</sup> Vgl. BT-Ausschussdr. 18(11)761neu, S.136.

<sup>78</sup> Vgl. BT-Ausschussdr. 18(11)761neu, S.137.

greifen zu lassen, da sie sonst existenzgefährdend sind.<sup>79</sup> Dass beim Verbot des Streikbrechens der Entleiher angesprochen wird, ist laut BAP logisch und auch richtig, da Verleihunternehmen nicht immer wissen, dass im Entleihunternehmen gestreikt wird. Es wird kritisiert, dass im Falle eines Streiks das Verleihunternehmen finanziell belastet wird, da der LAN weiterbezahlt werden muss, aber der Entleiher keine Vergütung zahlt.<sup>80</sup>

#### **5.4 Die Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände e.V.**

Der BDA ist eine branchenübergreifende Organisation von Arbeitgeberverbänden, bestehend aus 49 Bundesfachverbände und 14 Landesvereinigungen. Zu den Mitgliedern gehört z.B. der BAP.<sup>81</sup> Die BDA gibt seinen Mitgliedsverbänden Hilfestellung bei Tarifvertragsverhandlungen, d.h. der BDA führt keine eigenen Verhandlungen. Aufgrund der verschiedenen Branchen werden auch Interessensunterschiede und–Gegensätze thematisiert und ausgeglichen.<sup>82</sup> Der BDA begrüßt, dass durch tarifvertragliche Vereinbarungen von Equal Pay abgewichen werden kann, z.B. durch die Branchenzuschlagstarifverträge. Vor allem, dass die Tarifvertragsparteien das gleichwertige Arbeitsentgelt festlegen können wird gelobt. Die Verpflichtung von Equal Pay führt dazu, dass Leiharbeit teurer wird. Bemängelt wird, dass die Entgeltbestandteile für Equal Pay schwierig zu bestimmen sind. Auf Grund dessen muss für die Einsätze, bei denen ein Branchenzuschlagstarifvertrag nicht anwendbar ist oder nicht abgeschlossen wird, eine Definition von Equal Pay vorgegeben werden. Bei den Tarifvertragspartnern gilt die allgemeine Meinung, dass unter Equal Pay das tarifliche Bruttostundenentgelt mit Zulagen und Zuschlägen verstanden wird. Statt einer gesetzlichen Definition ist im Gesetz nur eine Vermutungsregel vorgesehen. Diese wird aber kritisch gesehen, da sie einfach widerlegt werden kann. Dass Sachleistungen in Euro ausgeglichen werden können, genügt nicht für eine gesetzliche Definition. Bei der

---

<sup>79</sup> Vgl. BT-Ausschussdr. 18(11)761neu, S.132.

<sup>80</sup> Vgl. BT-Ausschussdr. 18(11)761neu, S.143.

<sup>81</sup> Vgl. Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände e.V., unsere Mitglieder.

<sup>82</sup> Vgl. Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände e.V., Aufgaben der BDA.

Überlassungshöchstdauer kann der BDA nicht nachvollziehen, warum der Zeitarbeitsbranche nicht das Recht eingeräumt wird, für den Fall, dass es in der Einsatzbranche keine Regelung gibt, eigene zu treffen. Befürwortet wird die arbeitnehmerbezogene Höchstdauer, da sich Arbeitsplätze oft verändern und dies Betriebe überfordern würde. Das Streikbrecherverbot wird schwer kritisiert. Durch diese Regelung wird den AG die Chance genommen, bei einem Arbeitskampf auf andere AN auszuweichen. Zudem ist es bedenklich, die Folgen, wenn ein LAN nicht eingesetzt werden kann, auf den Entleiher abzuwälzen, ein Bußgeld von bis zu 500.000 € ist unverhältnismäßig. Es wird kritisiert, dass die Berücksichtigung der LAN bei Schwellenwerten der Unternehmensmitbestimmung im Koalitionsvertrag nicht vorgesehen war. Die Voraussetzung, dass der LAN länger als sechs Monate im Einsatz sein muss, wird befürwortet.<sup>83</sup> Zudem sollte dem AG eine Exkulpationsmöglichkeit gegen die Fiktion eingeräumt werden, wenn er die Situation für einen Werkvertrag richtig organisiert hat. Das Widerspruchsrecht des LAN sollte erkenntnisabhängig ausgestaltet werden. Sonst könnte die Frist ablaufen, ohne dass der LAN davon erfährt.<sup>84</sup>

## 6 Bestehender Handlungsbedarf

Wie oben geschildert wird an dem neuen Gesetz vieles und vor allem je nach Betrachtungsweise und Standpunkt unterschiedliches kritisiert. Worin sich aber alle einige sind ist, dass eine Definition von Equal Pay fehlt und hier noch Handlungsbedarf der Bundesregierung besteht. Nach meiner Auffassung können Vergütungsbestandteile durch gesetzliche, tarifvertragliche, betriebliche und individuelle bzw. arbeitsvertragliche Regelungen festgelegt sein. Bei den betrieblichen Vereinbarungen muss man beachten, dass manche Unternehmen auch Vergütungen zur Mitarbeiterbindung zahlen. Da wäre es falsch, wenn diese der LAN erhalten würde, da er schließlich nur begrenzt beim Entleiher eingesetzt wird. Vergütungsbestandteile können an bestimmte Voraussetzungen geknüpft sein,

---

<sup>83</sup> Vgl. BT-Ausschussdr. 18(11)761neu, S.35-36.

<sup>84</sup> Vgl. BT-Ausschussdr. 18(11)761neu, S.37-38.

z.B. an eine herausragende Leistung des AN, eine bestimmte Dauer der Betriebszugehörigkeit oder an einem bestimmten Stichtag im Betrieb beschäftigt zu sein. Diese muss der LAN auch erfüllen, um einen Anspruch darauf zu haben. Wie bereits genannt, schlagen Arbeitgeberverbände als Equal Pay das tarifliche Bruttostundenentgelt mit Zulagen und Zuschlägen vor. Dies ist meiner Ansicht nach ein richtiger Weg, aber wenn in einem Unternehmen außertarifliche Vergütungsbestandteile regelmäßig zum Vergütungssystem gehören, sollte diese der LAN ebenfalls erhalten. Equal Pay auf das tarifliche Arbeitsentgelt, wie bei der Vermutungsregelung, zu reduzieren, ist meiner Auffassung nach keine gute Lösung, da dadurch weiterhin Lohndifferenzen entstehen können. Daher ist diese zu streichen. Nach Berücksichtigung der vorausgehenden Erklärungen könnte man meiner Ansicht nach über folgende Formulierung des § 8 Abs.1 AÜG diskutieren:

### „§ 8 Grundsatz der Gleichstellung

(1) Der Verleiher ist verpflichtet, dem LAN für die Zeit der Überlassung an den Entleiher die im Betrieb des Entleihers für einen vergleichbaren Arbeitnehmer des Entleihers geltenden wesentlichen Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts zu gewähren (Gleichstellungsgrundsatz). Bezüglich des Arbeitsentgelts sind LAN gleichgestellt, wenn sie das tarifliche Bruttostundenentgelt mit Zulagen und Zuschlägen sowie betriebsbedingte regelmäßig vergütete außertarifliche Vergütungsbestandteile eines vergleichbaren Stammbeschäftigten des Entleihers erhalten. Werden im Betrieb des Entleihers Sachbezüge gewährt, können diese durch einen Wertausgleich in Euro in Höhe des Betrages, welcher auf der Abrechnung eines vergleichbaren Stammarbeitnehmers aufgeführt ist, abgegolten werden. Wenn Geld- oder Sachleistungen an bestimmte Voraussetzungen geknüpft sind, muss der LAN diese ebenso erfüllen, damit ein Anspruch auf sie besteht.“



## 7 Fazit

Die Vorgaben des Koalitionsvertrages wurden weitestgehend umgesetzt, manchmal sogar überschritten. Auf den Arbeitsschutz bei Werkverträgen wurde nicht eingegangen, aber meiner Ansicht nach ist dies schon im Arbeitsschutzgesetz ausreichend geregelt. Auch die Prüftätigkeit der Zollverwaltung bei Werkverträgen wurde nicht verstärkt, denn laut dem Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz kontrolliert die Zollverwaltung Dienst- und Werkverträge bereits. Außerdem wurden keine Kriterien zur Abgrenzung von legalem und illegalem Fremdpersonaleinsatz niedergelegt.

Die Definition von ANÜ enthält nun vereinfacht die von der Rechtsprechung entwickelten Kriterien zur Abgrenzung von ANÜ und Werk— bzw. Dienstverträgen. Dabei wird vor allem darauf abgestellt, ob ein AN wie ein eigener AN behandelt wird oder vom Betrieb distanziert wird. Dadurch kann Missbrauch verhindert werden, da eindeutiger festgelegt wurde, wann ANÜ vorliegt. Da ausdrücklich vor Beginn der Überlassung festgehalten werden muss, dass es sich um ANÜ handelt und welcher LAN überlassen wird, müssen sich die Parteien deutlich zur ANÜ bekennen. Zusammen mit der Abschaffung der Vorratsverleiherlaubnis und der damit einhergehenden Fiktion des Arbeitsverhältnisses zum Entleiher können so missbräuchliche Formen und Verwendungen der ANÜ unterbunden werden und nicht mehr zwischen ANÜ und Werk— bzw. Dienstverträgen hin und her gewechselt werden. Dabei muss auf eine fehlerfreie Vertragsgestaltung und vor allem auf eine fehlerfreie Durchführung geachtet werden. Durch das Verbot des Ketten—, Zwischen— oder Weiterverleihs wird die gängige Praxis der BA übernommen und sichergestellt, dass der LAN nur von seinem AG verliehen wird. Die Verpflichtung zu Equal Pay nach 9 bzw. 15 Monaten ist wichtig, damit Lohndifferenzen ausgeglichen werden. Die Vermutungsregel trägt nicht zur Rechtssicherheit bei, da sie widerlegbar ist. Branchenzuschlagstarifverträge sind eine gute Möglichkeit, um die nicht vorhandene Definition von Equal Pay auszugleichen und entsprechen auch dem Entgeltverlauf von Stammbeschäftigten. Dadurch wird die

Lohndifferenz zwischen LAN und Stammbeschäftigten verkleinert. Zusammen mit der Überlassungshöchstdauer gibt es nun eine doppelte Begrenzung. Daher sind meiner Auffassung nach die Öffnungen bei der Überlassungshöchstdauer unabdingbar, da dadurch keine absolute Obergrenze vorgegeben ist und Leiharbeit weiterhin Flexibilität bietet. Sanktionen wie die Entziehung der Überlassungserlaubnis, hohe Geldbußen und die Fiktion eines Arbeitsverhältnisses zum Entleiher sind erforderlich, um die beschlossenen Regelungen durchzusetzen und eine abschreckende Wirkung zu erzielen. Durch das Verbot des Streikbrechereinsatzes wird den LAN der Druck genommen und gilt auch für LAN von Verleihern aus dem Ausland, wodurch ein Missbrauch von LAN als Streikbrecher verhindert wird. Durch die Klarstellung, wann LAN bei Schwellenwerten mitzuzählen sind und die Konkretisierung der Informationsrechte des Betriebsrates wird dieser gestärkt und kann im besten Fall Missbrauch bei Werkverträgen erkennen.

Zusammengefasst lässt sich feststellen, dass das Gesetz einige gute Regelungen für LAN enthält, aber trotzdem noch offene Rechtsfragen vorhanden sind. Bei manchen Regelungen werden dem Verleiher bzw. AG mehr Verantwortung und Bürokratieaufwand, auch im Hinblick auf mögliche Sanktionen, aufgedrückt, dies ist aber im Vergleich zum Schutz der LAN berechtigt und angemessen. Somit ist der Aussage von Andrea Nahles in ihrer Rede zu Beginn der Arbeit, dass das Gesetz dem Missbrauch von Leiharbeit und Werkverträgen einen Riegel vorschiebt, zuzustimmen.

## Literaturverzeichnis

### **Bücher:**

**Dohna-Jaeger, Verena/Ulber, Daniel/Ulber, Jürgen (Hrsg.):** Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, Kommentar für die Praxis, 4. Auflage, 2010 (zitiert als: Ulber, Arbeitnehmerüberlassungsgesetz).

**Emmerich, Volker:** BGB – Schulrecht Besonderer Teil, 14. Auflage, 2015 (zitiert als: Emmerich, BGB – Schuldrecht Besonderer Teil).

**Jaensch, Michael:** Grundzüge des Bürgerlichen Rechts, mit 63 Fällen und Lösungen, 2. Auflage, 2010 (zitiert als: Jaensch, Grundzüge des Bürgerlichen Rechts).

**Rabe von Pappenheim, Henning (Hrsg.) u.a.:** Lexikon Arbeitsrecht 2016, 16. Auflage, 2016 (zitiert als: Rabe von Pappenheim, Lexikon Arbeitsrecht 2016).

**Schüren, Peter (Hrsg.) u.a.:** Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, Kommentar, 4. Auflage, 2010 (zitiert als: Schüren, Arbeitnehmerüberlassungsgesetz).

### **Internetquellen:**

**BMAS:** Häufig gestellte Fragen zum Thema Leiharbeit und deren Antworten, <http://www.bmas.de/DE/Schwerpunkte/Leiharbeit-Werkvertraege/FAQ-Leiharbeit/faq-leiharbeit.html> [01.02.2017] (zitiert als: BMAS, Häufig gestellte Fragen zum Thema Leiharbeit).

**BMAS:** Bekämpfung von Missbrauch bei Leiharbeit und Werkverträgen, Rede von Andrea Nahles am 22. September 2016, <http://www.bmas.de/DE/Presse/Reden/Andrea-Nahles/2016/rede-2016-09-22.html> [05.02.2016] (zitiert als: BMAS, Rede von Andrea Nahles am 22. September 2016).

**Bundesagentur für Arbeit:** Fachliche Weisungen, Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG), gültig ab 01.04.2017, [https://www3.arbeitsagentur.de/web/wcm/idc/groups/public/documents/webdatei/mdaw/mjax/~edisp/egov-content502079.pdf?\\_ba.sid=EGOV-CONTENT502082](https://www3.arbeitsagentur.de/web/wcm/idc/groups/public/documents/webdatei/mdaw/mjax/~edisp/egov-content502079.pdf?_ba.sid=EGOV-CONTENT502082) [25.03.2017] (zitiert als: Bundesagentur für Arbeit, Fachliche Weisungen AÜG).

**Bundesagentur für Arbeit:** Merkblatt zur Abgrenzung zwischen Arbeitnehmerüberlassung und Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen von Werk- und selbständigen Dienstverträgen sowie andere Formen drittbezogenen Personaleinsatzes, <https://www3.arbeitsagentur.de/web/wcm/idc/groups/public/documents/webdatei/mdaw/mdg2/~edisp/l6019022dstbai378747.pdf> [15.02.2017] (zitiert als: Bundesagentur für Arbeit, Merkblatt zur Abgrenzung zwischen Arbeitnehmerüberlassung und anderen Formen drittbezogenen Personaleinsatzes).

**Bundesagentur für Arbeit:** Berichte: Blickpunkt Arbeitsmarkt – Aktuelle Entwicklungen der Zeitarbeit, Nürnberg, Januar 2017, <https://statistik.arbeitsagentur.de/StatischerContent/Arbeitsmarktberichte/Branchen-Berufe/generische-Publikationen/Arbeitsmarkt-Deutschland-Zeitarbeit-Aktuelle-Entwicklung.pdf> [14.02.2017] (zitiert als: Bundesagentur für Arbeit, Aktuelle Entwicklungen in der Zeitarbeit).

**Bundesarbeitgeberverband der Personaldienstleister e.V.:** der BAP, der BAP im Überblick, <http://www.personaldienstleister.de/der-bap/ueberblick-struktur.html> [06.03.2017] (zitiert als: Bundesarbeitgeberverband der Personaldienstleister e.V., der BAP im Überblick).

**Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände e.V.:** Über uns, unsere Mitglieder, [http://www.arbeitgeber.de/www/arbeitgeber.nsf/id/de\\_unsere-mitglieder](http://www.arbeitgeber.de/www/arbeitgeber.nsf/id/de_unsere-mitglieder) [09.03.2017] (zitiert als: Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände e.V., unsere Mitglieder.).

**Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände e.V.:** Über uns, Unser Auftrag, Aufgaben der BDA, <http://www.arbeitgeber.de/www/arbeitgeber.nsf/id/AufgabenundZiele> [09.03.2017] (zitiert als: Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände e.V., Aufgaben der BDA).

**Deutscher Gewerkschaftsbund:** Stellungnahme zum Kabinettsbeschluss der Bundesregierung vom 01.06.2016 zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetze vom 06.07.2016, <http://www.dgb.de/themen/++co++abdd46c4-20e0-11e6-993b-52540023ef1a> [03.03.2017] (zitiert als: Deutscher Gewerkschaftsbund, Stellungnahme zum Kabinettsbeschluss zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des AÜG und anderer Gesetze vom 06.07.2016).

**Deutscher Gewerkschaftsbund:** Tarifrunde Leiharbeit 2016/2017 – Tarinfo Zeitarbeit – iGZ und BAP / DGB-Tarifgemeinschaft Leiharbeit, <http://www.dgb.de/tarifrunde-leiharbeit/tarifvertrag-zeitarbeit-leiharbeit-dgb-igz-bap-tarinfo-mit-tariftabelle-und-entgeltgruppen-ost-west> [07.02.2017] (zitiert als: Deutscher Gewerkschaftsbund, Tarifrunde Leiharbeit 2016/2017).

**Deutscher Gewerkschaftsbund:** Über uns, DGB Heute, <http://www.dgb.de/uber-uns/dgb-heute> [28.02.2017] (zitiert als: Deutscher Gewerkschaftsbund, DGB heute).

**Deutscher Gewerkschaftsbund:** Über uns, Gewerkschaften im DGB, <http://www.dgb.de/uber-uns/dgb-heute/gewerkschaften-im-dgb> [28.02.2017] (zitiert als: Deutscher Gewerkschaftsbund, Gewerkschaften im DGB).

**Die Bundesregierung:** Deutschlands Zukunft gestalten, Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD, 18. Legislaturperiode, [https://www.bundesregierung.de/Content/DE/\\_Anlagen/2013/2013-12-17-koalitionsvertrag.pdf;jsessionid=D318BDB76885CADB9B4DDB149931EACE.s6t1?blob=publicationFile&v=2](https://www.bundesregierung.de/Content/DE/_Anlagen/2013/2013-12-17-koalitionsvertrag.pdf;jsessionid=D318BDB76885CADB9B4DDB149931EACE.s6t1?blob=publicationFile&v=2) [18.02.2017] (zitiert als: Die Bundesregierung, Koalitionsvertrag 18. Legislaturperiode).

**IG Metall Bezirk Baden-Württemberg:** Tarifvertrag Leih- / Zeitarbeit, Metall- und Elektroindustrie Baden-Württemberg, <http://www.bw.igm.de/tarife/tarifvertrag.html?id=52608> [21.02.2017] (zitiert als: IG Metall Bezirk Baden-Württemberg, Tarifvertrag Leih-/Zeitarbeit).

**Interessenverband Deutscher Zeitarbeitsunternehmen e.V.:** Porträt, <https://www.ig-zeitarbeit.de/igz/portraet> [06.03.2017] (zitiert als: Interessenverband Deutscher Zeitarbeitsunternehmen e.V., Porträt).

**Interessenverband Deutscher Zeitarbeitsunternehmen e.V.:** Schriftliche Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen in Berlin am 17. Oktober 2016, 4. Oktober 2016, [https://www.ig-zeitarbeit.de/system/files/2016/igzstellungnahme\\_sachverstaendigenhoerung\\_aueg-10-2016.pdf](https://www.ig-zeitarbeit.de/system/files/2016/igzstellungnahme_sachverstaendigenhoerung_aueg-10-2016.pdf) [06.03.2017] (zitiert als: Interessenverband Deutscher Zeitarbeitsunternehmen e.V., Schriftliche Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen in Berlin, 4. Oktober 2016).

### **Erklärung der Verfasserin**

Ich versichere, dass ich diese Bachelorarbeit selbständig und nur unter Verwendung der angegebenen Quellen und Hilfsmittel angefertigt habe. Die aus anderen Quellen direkt oder indirekt übernommenen Daten und Konzepte sind unter Angabe der Quelle gekennzeichnet.

Es ist mir bekannt, dass die Arbeit mit einer Plagiaterkennungssoftware auf nicht gekennzeichnete Übernahme fremden geistigen Eigentums überprüft werden kann.

---

Datum

---

Unterschrift